# Die Rechtsstellung, insbesondere die Auskunftspflicht des „Dritten“ bei der Mobiliar-Zwangsvollstreckung.

---

**Inaugural-Dissertation**

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde

**der hohen Juristenfakultät zu Rostock**

vorgelegt von

**Paul Kaehler,**

Referendar in Kiel.

Kiel 1907.

Druck von Schmidt & Klaunig.

Referent:

Herr Professor Dr. **Wachenfeld** in Rostock.

Meinen lieben Eltern!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41553618_0030

# Literatur-Verzeichnis.


Archiv für das Civil- und Kriminalrecht der Kgl. Preuß. Rheinprovinz. (Rhein. Arch.) Bd. 89, 90, 91.

Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von *Gruchot*. Bd. 30, 31, 36. (*Gruchot.*)

*Binding*, Die Normen und ihre Übertretung. Bd. I, 1872; Bd. II, 1877.

*Birkmeyer*, Über Ursachenbegriff und Kausalzusammenhang im Strafrecht. 1885.

Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts (K. G. Bl.).

*Bunsen*, Die Lehre von der Zwangsvollstreckung. Wismar 1885.

*v. Buri*, Über Kausalität. 1873.

*du Chesne*, Die Verurteilung des Ehemannes zur Duldung der Zwangsvollstr. in das eingebr. Gut der Ehefrau, im Sächs. Archiv f. bürgerl. Recht. Bd. 13 (1903), S. 1 ff.

*Cosack*, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. I, 4. Aufl., 1903.

*Crome*, System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. II, 1902.

„ Von der Solidarität aus unerlaubten Handlungen, in Jhering's Jahrb. 35, S. 100 ff.

*Degenkolb*, Der spec. Inhalt des Schadensersatzes, im Arch. f. d. civ. Praxis. Bd. 76, S. 21 ff.

*Dernburg*, Lehrbuch des preuß. Privatrechts. 3. Aufl., 1882, Halle a. S.

„ Das bürgerliche Recht. Bd. II, 1. u. 2. Aufl.; Halle a. S. 1899.

„ Pandekten. 5. Aufl., Berlin 1897.

*Dunkhase*, Die Kenntnis des Gerichtsvollziehers von der Zahlungseinstellung etc., im Archiv f. d. civ. Praxis. Bd. 77, S. 100 ff.

Deutsche Juristenzeitung, herausgegeben von *Laband, Stenglein, Staub*. (D. J. Z.).

*Endemann*, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 8. Aufl., Berlin 1903.

*Enneccerus*, Das bürgerliche Recht. 2. Aufl. 1901.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen. Bd. 8, 9, 16, 29, 48, 50, 51, 52, 56, 57, 58, 59, 60 u. 61.

„ des preuß. Obertribunals in Strafsachen. Bd. 3, 20.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen. Bd. 1, 3, 5, 7, 9, 11, 15, 16, 17, 19, 20, 21, 22, 25, 26, 27, 28, 30, 31, 33, 36 u. 37.
„ des Reichsoberhandelsgerichts. Bd. 13.
*Exner*, Der Gerichtsvollzieherdienst in Preußen. Berlin 1904.
*Falkmann*, Die Zwangsvollstreckung mit Ausschluß der Zwangsvollstreckung in d. unbewegl. Vermögen. 2. Aufl., Berlin 1899—1904.
*Fels*, Die außerkontraktliche Schadensersatzpflicht des Entwurfs, bei *Gruchot*. Bd. 35, S. 15 ff.
*Fischer*, Die Verletzung des Gläubigerrechts als unerlaubte Handlung nach dem B. G. B. für das Deutsche Reich. 1905.
„ Lehrbuch des preußischen Privatrechts. Berlin u. Leipzig 1887.
*Fitting*, Der Reichscivilprozeß. 8. Aufl., Berlin 1893.
*Förster-Eccius*, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts. 5. Aufl., Berlin 1887 u. 1888.
*Frank*, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 2. Aufl. 1901.
*Francke*, Widerspruch Dritter gegen Zwangsvollstreckungen der deutschen Civilprozeßordnung in der Zeitschrift für deutschen Civilprozeß. Bd. V, S. 203 ff.
*Gaupp-Stein*, Die Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 8. u. 9. Aufl., Tübingen u. Leipzig 1906/7.
*Geib*, Die Zwangsvollstreckung ins eingebrachte Gut, insbesondere nach § 741 C. P. O., im civ. Arch. Bd. 94 (1903), S. 317 ff.
Grünhut's Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht.
*Hahn*, Der Auftrag des Gerichtsvollziehers zur Zwangsvollstreckung — ein Mandat, in Gruchot's Beiträgen. Bd. 31, S. 330 ff.
„ Die gesamten Materialien zur C. P. O. 2. Aufl., Berlin 1881.
Hanseatische Gerichtszeitung. (H. G. Z.).
*Hellmann*, Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechts. München 1886.
*Hellwig*, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts. Bd. I, 1903.
*Heß*, Das Märchen vom Kausalzusammenhange. 1902.
*v. Hippel*, Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit. 1903.
*Hübner*, Die Auskunftspflichten des B. G. B. Rostocker Diss. 1904.
*Jäckel*, Kommentar zum Zwangsversteigerungsgesetz. 2. Aufl. 1904.
*Jastrow*, Das Rechtsverhältnis zwischen dem Gerichtsvollzieher und seinem Auftraggeber, im Archiv f. d. civ. Praxis. Bd. 68, S. 358 ff.
*Jolly*, Die Duldungspflicht des Ehemannes gemäß §§ 739, 741 C. P. O., im Arch. f. d. civ. Praxis. Bd. 93 (1902), S. 433 ff.
*Jsay*, Geschäftsführung etc. Jena 1900.
*Jung*, Delikt und Schadensverursachung. 1897.
Juristische Wochenschrift, Organ des deutschen Anwaltsvereins (J. W.), herausgegeben von *Kempner*, Jahrgänge 1889—1905.
Juristische Zeitschrift für das Reichsland Elsaß-Lothringen. (Els. Z.).
*Kleinfeller*, Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechts. Berlin 1905.
*Kohler*, Lehrbuch des Konkursrechts. Stuttgart 1891.

*Kohler*, Studien aus dem Strafrecht I. 1890.
„ Ungehorsam und Vollstreckung im Civilprozeß, im civ. Archiv, Bd. 80, S. 141 ff., besonders S. 250 ff.
*Krech-Fischer* (jetzt *Fischer-Schaefer*). Die Gesetzgebung betr. die Zwangsvollstreckung in das unbew. Vermögen etc. Berlin 1902.
*v. Kries*, Über den Begriff der objektiven Möglichkeit, in der Vierteljahrsschrift für wissenschaftliche Philosophie. 12. Jahrgang 1888. S. 179 ff.
*Kuhlenbeck*, Das B. G. B. für das Deutsche Reich. Bd. I, 2. Aufl., 1903.
*Landsberg*, Das Recht des bürgerlichen Gesetzbuches. 1904.
„ Die Kommissivdelikte durch Unterlassung im deutschen Strafrecht. 1890.
*Langheineken*, Anspruch und Einrede. 1903.
*Liepmann*, Einleitung in das Strafrecht. 1900.
*Linckelmann*, Die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen. 1898.
*v. Liszt*, Die Deliktsobligationen im System des bürg. Gesetzbuches. 1898.
„ Grenzgebiete. 1899.
„ Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 12. Aufl., 1903.
*Mandry-Geib*, Der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze. 4. Aufl., 1898.
*Matthias*, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Berlin 1892, 2. Aufl.
*Mayer, Ernst*, Die schuldhafte Handlung und ihre Arten. 1901.
*A. Merkel*, Lehrbuch des Strafrechts. 5. Aufl., 1895.
*F. Mommsen*, Lehre vom Interesse. 1855.
Motive zu dem Entwurf eines B. G. B. für das Deutsche Reich. Amtl. Ausgabe.
*Nessel*, Der Interventionsprozeß in der Zwangsvollstreckungsinstanz im Geltungsbereiche des preuß. allgem. Landrechts, bei *Gruchot*. Bd. 28, S. 83 ff.
*Neumann*, Handausgabe des B. G. B. 3. Aufl., 1903.
*Oertmann*, Die Frage der Bereicherungshaftung des Vollstreckungsschuldners bei Pfändung fremder Sachen, im civ. Archiv. Bd. 96, S. 1 ff.
„ Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch im röm. und deutschen bürgerl. Recht. 1901.
„ Die Zahlung fremder Schulden, im civ. Archiv. Bd. 82, S. 367 ff.
„ Das Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl., 1906.
„ Der Schadensersatzanspruch des obligatorisch Berechtigten. 1900. Sonderabdruck aus der Festgabe für *Heinrich Dernburg*.
„ Sittenwidrige Handlungen (§ 826 B. G. B.) in D. J. Z. 1903, S. 325 ff.
*Olshausen*, Kommentar zum Strafgesetzbuch f. d. Deutsche Reich. 7. Aufl., 1905—1906.
*Oppenhoff*, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 14. Aufl., 1901.
*Petersen-Anger*, Die Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 5. Aufl., Lahr, 1906.
*Planck*, Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechts. 1887, 1896.

*Planck,* B. G. B. 1. u. 2. Auflage.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des B. G. B. Berlin 1897 ff.

*Radbruch,* Die Lehre von der adäquaten Verursachung 1902. (Abhandlungen des kriminalistischen Seminars an der Universität Berlin, Neue Folge, Bd. I, Heft 3.).

Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand. 8. Jahrg., 1904.

Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Civilrechts. (O. L. G.) Band 1—8.

*Regelsberger,* Pandekten. Bd. I, 1893.

*Reincke,* Die deutsche Civilprozeßordnung. 5. Aufl., Berlin 1904.

*Riedinger,* Der Besitz an gepfändeten Sachen. Breslau 1903.

*Riehl,* Über die materiellrechtlichen Voraussetzungen des Pfändungspfandrechts. Berlin 1888.

„ Die Zwangsversteigerung gemäß §§ 716 ff. der Civilprozeßordnung, in der Zeitschrift für deutschen Civilprozeß. Bd. 17, S. 32 ff.

*Rimpau,* Über die Strafbarkeit des Betruges nach geltendem Recht beim Mangel der Identität des Getäuschten und des Geschädigten. Tübinger Diss. 1892.

*Rintelen,* Exekution auf Sachen in fremder Gewahrsame und auf Leistungsansprüche, in der allgem. österreichischen Gerichtszeitung. 54. Jahrg., 1903; Nr. 10, 11, 12.

*v. Rohland,* Die Kausallehre des Strafrechts. 1903.

*Rottmann,* Die rechtliche Stellung des Gerichtsvollziehers. Würzburg 1900.

*Rümelin,* Die Verwendung der Kausalbegriffe im Straf- und Civilrecht, im civ. Archiv. Bd. 90, S. 189 ff., 217 ff.

„ Gründe der Schadenszurechnung. 1896.

*Rumpf,* Die Teilnahme an unerlaubten Handlungen nach dem B. G. B. Göttinger Diss. 1904.

Sächsisches Archiv für Bürgerliches Recht und Prozeß. Band 13 (1903).

*Schaufuß,* Der Begriff des sonstigen Rechts im § 823 B. G. B. Diss. Bonn, 1899.

Sammlung von Entscheidungen des obersten Landesgerichts in Bayern. Band 15.

*Schmidt,* Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechts, nebst Ergänzungsband. Leipzig 1898.

*Schönfeld,* Der preußische Gerichtsvollzieher. 5. Aufl., Breslau 1901.

*Schollmeyer,* Recht der Schuldverhältnisse. 1. Hälfte, 1900.

*v. Schrutka-Rechtenstamm,* Über das Rechtsverhältnis zwischen Exekutionssucher und Exekutionsorgan, in Grünhut's Zeitschrift. Bd. 13, S. 567 ff. und Band 16, S. 673 ff.

*Schwencke,* Die civilrechtliche Stellung des Gerichtsvollziehers. Göttinger Diss. 1894.

Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten. Bände 37, 42—59 (S. A.).

*Seuffert,* Kommentar zur Civilprozeßordnung. 9. Aufl., München 1905.
*Staudinger,* Kommentar zum B. G. B. 2. Aufl., Bd. II, 1905—1906.
*Struckmann* und *Koch,* Kommentar zur Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 8. Aufl., Berlin 1901.
*Thyrén,* Abhandlungen aus dem Strafrecht I. 1894.
*Träger,* Der Kausalbegriff im Straf- und Civilrecht. 1904.
*Voß, Condictio possessionis* und Vollstreckungspfändung im civ. Archiv. Bd. 66, S. 161 ff.
*Wach,* Handbuch des deutschen Civilprozeßrechts. Leipzig 1885.
„ Vorträge über die Reichscivilprozeßordnung. 2. Aufl., Bonn 1896.
*Walsmann,* Die Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung in das Eingebrachte und in das Gesamtgut, in Rostocker rechtswissenschaftlichen Studien. Bd. II, Heft 6.
*Walter,* Der Gerichtsvollzieherdienst in Preußen. Berlin 1901.
*Weißbart,* Das Befriedigungsrecht Dritter in der Zwangsvollstreckung nach § 268 B. G. B. Würzburg 1899.
*Weismann,* Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechts. Band II, Stuttgart 1905.
„ Hauptintervention und Streitgenossenschaft. Leipzig 1884.
*Weyl,* System der Verschuldungsbegriffe im B. G. B. 1905.
*v. Wilmowski* u. *Levy,* Handausgabe der Civilprozeßordnung. 7. Aufl., Bd. 2, 1895.
*v. Welck,* Die rechtliche Stellung des Gerichtsvollziehers im heutigen deutschen Civilprozesse, bei *Gruchot.* Bd. 36, 497 ff.
*Windscheid-Kipp,* Lehrbuch des Pandektenrechts. 8. Aufl., 1900.
*Wolff,* Kommentar zum Zwangsversteigerungsgesetz. 2. Aufl., 1901.
*Wollburg,* Fallen Forderungsrechte unter § 823 B. G. B.? Rostocker Dissertation 1904.
Zeitschrift für Gerichtsvollzieher. Herausgegeben von *Walter,* fortgesetzt als Zeitschrift für Vollstreckungs-, Zustellungs- und Kostenwesen; von demselben Herausgeber.
Zeitschrift für deutschen Civilprozeß und das Verfahren in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, begr. von *Busch.* Herausgegeben von *Schultzenstein* und *Vierhaus.*
*Zitelmann,* Das Recht des bürgerlichen Gesetzbuches. Allgemeiner Teil, 1900.

# Inhalt.


Seite

§ 1. Einleitung . . . . . 11

**I. Die Rechte des Dritten.**

§ 2. 1. Das Recht, der Zwangsvollstreckung beizuwohnen . . . 12
§ 3. 2. Das Befriedigungsrecht Dritter . . . . . 15
§ 4. 3. Der Anspruch des Dritten auf Legitimation und Akteneinsicht . . . . . 19
§ 5. 4. Die Rechtsbehelfe Dritter . . . . . 21
§ 6. 5. Schadensersatzansprüche Dritter . . . . . 32

**II. Die Pflichten des Dritten im allgemeinen.**

§ 7. 1. Die Rechtskraftwirkung gegen Dritte . . . . . 40
§ 8. 2. Die Vollstreckbarkeit gegen Dritte . . . . . 41
3. Die Kostenpflicht . . . . . 51

**III. Insbesondere die Auskunftspflicht des Dritten.**

§ 9. 1. Auskunftsverweigerung steht eventuell der Erteilung falscher Auskunft gleich . . . . . 52
§ 10. 2. Eine allgemeine Auskunftspflicht besteht für den Dritten nicht 54
§ 11. 3. Die civilrechtliche Verantwortlichkeit des Dritten . . . 55
§ 12. 4. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Dritten . . . 68
§ 13. 5. Ergebnisse . . . . . 77

§ 1.

# Einleitung.

Die Zwangsvollstreckung darf nur gegen den Vollstreckungsschuldner, welcher entweder im Urteil oder in der Vollstreckungsklausel namentlich bezeichnet sein muß, erfolgen;[1]) aber auch „Dritte“,[2]) welche also nicht im Urteil zur Leistung oder Duldung der Vollstreckung verurteilt sind und gegen die das Urteil auch vermöge seiner Klausel nicht vollstreckbar ist, kommen oft mit der Zwangsvollstreckung oder ihren Organen in rechtliche oder tatsächliche Berührung. So z. B. wenn in Gegenstände vollstreckt wird, die sich im Gewahrsam Dritter befinden oder an denen Dritte Rechte haben; oder wenn Dritte Vollstreckungshandlungen als Zeugen beiwohnen oder um Auskunft ersucht werden u. a. m.

Welche Rechtsstellung der „Dritte“ in den verschiedenen Fällen vorgedachter Art, in welchen er von der Zwangsvollstreckung betroffen wird, einnimmt, soll den Gegenstand unserer Untersuchung bilden. Nach einem Überblick über die Rechte und Pflichten des Dritten im allgemeinen wollen wir insbesondere die Frage prüfen, ob der Dritte sich civil- und strafrechtlich verantwortlich macht, wenn er einem

---

[1]) Näheres s. unten §§ 7, 8 (Seite 40 ff.).

[2]) Über den Begriff des „Dritten“ bei der Zwangsvollstreckung vergl. *Petersen-Anger*, § 750 N. 4, § 771 II, 3; *Seuffert*, § 750 2 und 7 a, § 771 N. 4 a; *Gaupp-Stein*, § 750 II, § 771 II, 4, § 809 I; *Weismann*, Lehrbuch § 136; *Bunsen*, S. 61 ff.; *v. Wilmowski-Levy*, § 690 (alt) N. 2 und Vorbemerkung vor § 644 (alt).

pfändenden Gerichtsvollzieher eine von diesem erbetene Auskunft verweigert oder gar eine wissentlich falsche Auskunft erteilt.[3])

# I. Die Rechte des Dritten.

## § 2.

### 1. Das Recht, der Zwangsvollstreckung beizuwohnen.

Dieses Recht ist, wenn es auch nicht ausdrücklich in der C. P. O. geschehen ist, ohne Bedenken dem Gläubiger zuzubilligen,[1]) da er an der Durchführung der Vollstreckung und dem Empfang der Zahlung in hohem Maße interessiert ist. Deshalb muß er auch für berechtigt gelten, sich bei einzelnen Vollstreckungshandlungen durch einen, den Gerichtsvollzieher begleitenden Bevollmächtigten vertreten zu lassen.[2]) Dieser darf dann in Gesellschaft des Gerichtsvollziehers während der Zwangsvollstreckung die Räume des Schuldners betreten und darin verweilen, ohne sich strafbar zu machen.[3]) Die preußische Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieher schreibt

[3]) Zur Illustration dieser Frage sei folgendes Beispiel angeführt: Der gegen einen Ehemann pfändende Gerichtsvollzieher fragt die Ehefrau des Schuldners, welche Sachen ihr und welche dem Ehemann gehören; die Ehefrau verweigert die Auskunft bezw. bezeichnet dem Gerichtsvollzieher einen in ihrem, der Ehefrau, Eigentum stehenden Gegenstand als ihrem Ehemanne, dem Schuldner, gehörig. Der Gerichtsvollzieher pfändet nun aus Unkenntnis bezw. auf Grund der falschen Angabe einen der Ehefrau gehörigen Gegenstand, muß diesen aber später auf Grund einer Interventionsklage freigeben. In der Zwischenzeit sind alle Sachen des Ehemanns anderweitig gepfändet, so daß der Gläubiger keine Deckung für seine Forderung mehr erhält, also einen Schaden erleidet.

[1]) So auch *Gaupp-Stein*, § 758 IV; *Petersen-Anger*, § 758 N. 1; *Seuffert*, § 755 N. 2; *v. Wilmowski-Levy*, § 674 N. 2; *Falkmann*, S. 302; *Weismann*, S. 82; Motive, S. 412; Kom.-Prot. S. 354; a. A. *Schönfeld*, Anm. 5 zu § 45 G. A.

[2]) Vgl. die in Anm. 1 Citierten. Es wird sich oft um einen zum Schutz gegen Unterschlagungen des Gerichtsvollziehers mitgesandten Zahlungsempfänger handeln (Vgl. Mot. 412).

[3]) Beschl. des Amtsger. Berlin I vom 3. IV. 1892 in der Z. f. G. V. 1892, S. 79; *Reinhard* in D. J. Z. 1903, S. 316; *Falkmann*, S. 303; a. A. hier wie oben *Schönfeld* a. a. O.

demgemäß in § 45 Nr. 5 vor, daß der Gerichtsvollzieher nur in Anwesenheit des Gläubigers zur Zwangsvollstreckung zu schreiten hat, wenn dieser seine Zuziehung verlangt.[4]) Ist der Gläubiger (oder ein Empfangsbevollmächtigter) mit erschienen, so hat er auch einen Anspruch darauf, daß ihm selbst gezahlt werde. Die Mehrkosten, welche durch Anwesenheit des Gläubigers oder des ihn vertretenden Dritten entstehen, werden jedoch nicht allgemein, sondern nur beim Vorhandensein der Voraussetzungen der §§ 91, 788 C. P. O. erstattungsfähig sein.[5])

Auch für den Schuldner kann ein Vertreter an der Zwangsvollstreckung teilnehmen; nämlich dann, wenn für eine Vollstreckungshandlung, welche als Fortsetzung einer vor dem Tode des Schuldners begonnenen Zwangsvollstreckung in den Nachlaß desselben vorgenommen werden soll, die Zuziehung des Schuldners nötig wird.[6]) Ist in solchem Falle weder ein Nachlaßpfleger noch ein mit Verwaltungsbefugnis betrauter Testamentsvollstrecker vorhanden und steht die Annahme der Erbschaft oder die Person des Erben noch nicht fest, so hat das Vollstreckungsgericht auf Antrag des Gläubigers dem Erben einen einstweiligen Vertreter zu bestellen (§ 779 Abs. 2 C. P. O.).[7]) Die Handlungen eines solchen Vertreters wirken für und gegen den Erben. Die Vertretung, zu deren Übernahme übrigens eine Verpflichtung nicht besteht,[8]) endigt, wenn der Erbe selbst, ein Nachlaßpfleger, Nachlaßverwalter oder ein mit der Nachlaßverwaltung betrauter Testamentsvollstrecker in Tätigkeit tritt.

Ein Recht, den Gerichtsvollzieher bei Vornahme von Vollstreckungshandlungen zu begleiten, steht ferner den

---

[4]) Ähnlich die Gesch.-Anw. für Württemberg § 42, Oldenburg § 64, Mecklenburg § 48, Hessen § 78, Hamburg § 36.

[5]) Vgl. *Petersen-Anger*, § 758 N. 1.

[6]) Nötig ist die Zuziehung des Schuldners z. B. nach §§ 808 Abs. 3, 826 Abs. 3, 829 Abs. 2 (835 Abs. 3), 844 Abs. 2, 875, 885 Abs. 2 oder dann, wenn das Gericht vor einer Entscheidung (z. B. im Falle des § 733 Abs. 2 oder § 825) den Schuldner hören will.

[7]) Die Bestellung erfolgt gebührenfrei, G. K. G., § 479.

[8]) Vgl. *Seuffert*, § 57 N. 5.

„Dritten“ zu, welche als Zeugen oder Hilfspersonen hinzugezogen sind. Die Zuziehung von Zeugen hat nach § 759 C. P. O. dann zu geschehen, wenn der Gerichtsvollzieher Widerstand[9]) findet oder wenn bei einer in der Wohnung des Schuldners erfolgenden Vollstreckungshandlung weder der Schuldner noch eine zur Familie desselben gehörige oder in dieser Familie dienende erwachsene Person gegenwärtig ist.[10]) Bei der gewaltsamen Öffnung verschlossener Türen und Behältnisse sollen in Preußen,[11]) wenn nötig, geeignete Handwerker, bei der körperlichen Durchsuchung einer Frau zuverlässige weibliche Hilfspersonen mitwirken. Die Zeugen dürfen zugleich als Hilfspersonen oder zur Überwindung des Widerstandes verwendet werden.[12]) Entspricht im Einzelfalle die Zuziehung von Personen nicht der Vorschrift des § 759 C. P. O., so braucht der Schuldner ihnen den Eintritt in seine Wohnung nicht zu gestatten und bleibt ein geleisteter Widerstand straflos.[13]) Die zugezogenen Zeugen — mit Ausnahme natürlich der Polizei- und Gemeindebeamten — haben Anspruch auf eine vom Gerichtsvollzieher bis zum Höchstbetrage von je 1 Mark festzusetzende Entschädigung.[14])

Eine Verpflichtung, dem Gerichtsvollzieher als Zeuge oder Hilfsperson zu dienen, ist nicht allgemein anzuerkennen, sondern besteht lediglich für Polizei- und Gemeindebeamte.[15])

---

[9]) Die Zuziehung von Zeugen kann schon dann erfolgen, wenn eine begründete Gefahr der Widerstandsleistung besteht. Vgl. O. L. G. Köln in Z. f. G.-V. 1897 S. 86; *Petersen-Anger*, § 759 N. 1; *Gaupp-Stein* zu § 759; a. A. *Falkmann*, S. 302.

[10]) Als Zeugen sollen zwei großjährige Männer oder ein Gemeinde- oder Polizeibeamter hinzugezogen werden (§ 759 C. P. O.), und zwar in Preußen tunlichst nur solche einwandsfreie und unbeteiligte Personen, die am Orte der Vollstreckung oder in dessen Nähe wohnen. (Preuß. Gesch.-Anw., § 50 N. 5.)

[11]) Preuß. Gesch.-Anw., § 50 N. 7.

[12]) Vgl. die Kommentare zu § 759 und dort Citierte, bes. Rechtsprechung in Strafsachen, Bd. 24, S. 389.

[13]) Vgl. Entsch. R.-G. in Strafsachen, Bd. 6, S. 389.

[14]) § 15 Geb.-O. f. G.-V.

[15]) Näheres siehe in den Geschäftsanweisungen, z. B. in der preuß. Gesch.-Anw., § 50.

§ 3.

## 2. Das Befriedigungsrecht Dritter.[1])

Bei vielen Schuldverhältnissen, insbesondere solchen, welche einen Werk- oder Dienstvertrag zum Gegenstande haben (Gesindedienst, Porträtmalen u. a.) wird die Leistung gerade durch den Schuldner für den Gläubiger wesentlich sein und deshalb nur durch den Schuldner in Person erfolgen können. Auch aus dem Inhalte des Vertrages oder der Art der Leistung (z. B. aus dem Strafzweck der Geldstrafe) kann die Notwendigkeit einer persönlichen Leistung durch den Schuldner sich ergeben. Im allgemeinen aber, vor allem bei Geldleistungen wird es dem Gläubiger weniger darauf ankommen, von wem er das Geld erhält, als daß er es erhält; in solchen Fällen steht also dem nichts entgegen, daß anstatt des Schuldners ein anderer leistet. Deshalb bestimmt im Anschluß an das römische Recht[2]) B. G. B. § 267: „Hat der Schuldner nicht in Person zu leisten, so kann auch ein Dritter die Leistung bewirken. Die Einwilligung des Schuldners ist nicht erforderlich. Der Gläubiger kann die Leistung ablehnen, wenn der Schuldner widerspricht.“ Diese Vorschrift bezieht sich nur auf das Verhältnis des Schuldners und des Dritten zum Gläubiger, nicht auf das Innenverhältnis zwischen dem Schuldner und dem Dritten;[3]) denn die Leistung durch den Dritten erfolgt zugunsten des Schuldners, als ob dieser selbst gezahlt habe. Die gezahlte Forderung geht nicht kraft einer *cessio legis*[4]) auf den Dritten über, so daß also nicht dieser, sondern nur der Schuldner selbst aus der Zahlung Einwendungen gegen die Zwangsvollstreckung herleiten kann.

[1]) Hierzu vgl. die Kom. zu B. G. B., §§ 267/8, *Weißbart*, Das Befriedigungsrecht Dritter in der Zw.-V. 1899. *Oertmann* im Arch. f. d. civ. Praxis, Bd. 82, 367 ff., *Jaeckel* zu § 75 Zw.-V.G., *Wolff* zu § 75, *Krech-Fischer* zu § 75 und dort Citierte.

[2]) *l. 38, D. 3,5: solvendo quisque pro alio, licet invito et ignorante, liberat eum.* Dasselbe bestimmte A. L. R. I, 16, 49, 51. Im Gemeinen Recht herrschte hierüber Streit.

[3]) Das Rechtsverhältnis zwischen dem leistenden Dritten und dem Schuldner richtet sich nach dem Grunde der Leistung (Auftrag, Schenkung, Geschäftsführung).

[4]) wie nach A. L. R. I, 16, 46.

§ 267 hat eben zur Voraussetzung, daß der Dritte die geschuldete Leistung zahlt, um das Schuldverhältnis zur Lösung zu bringen, und nicht etwa bloß in der Absicht, seinerseits die Forderung zu erwerben; der Dritte kann weder durch Hinterlegung oder Aufrechnung leisten noch durch Anbieten der Leistung die Abtretung der Leistung erzwingen. Sind aber die Voraussetzungen des § 267 gegeben und lehnt der Gläubiger, obwohl der Schuldner nicht widerspricht, die tatsächlich angebotene Leistung ab, so kommt der Gläubiger dem Schuldner gegenüber in Annahmeverzug, wie wenn er die durch den Schuldner selbst angebotene Leistung anzunehmen sich weigert. Der Dritte kann dagegen aus der Verweigerung der Annahme im Falle des § 267 B. G. B. keine Rechte herleiten.

Ein weitergehendes Recht als im Falle des § 267 B. G. B., ein Ablösungsrecht *(jus offerendi)*, steht dem Dritten dann zu, wenn er nicht bloß den Schuldner befreien, sondern im eigenen Interesse den Gläubiger befriedigen will. Der allgemeine Fall, in welchem der Dritte ein Ablösungsrecht, d. h. ein eigenes Recht hat, von dem Gläubiger die Annahme der für den Schuldner durch den Dritten angebotenen Leistung zu verlangen, ist zunächst im § 268 B. G. B. enthalten. Nach dieser Bestimmung ist jeder, der durch eine vom Gläubiger betriebene Zwangsvollstreckung[5]) in einen dem Schuldner gehörigen Gegenstand Gefahr läuft, ein Recht[6]) an dem Gegenstand oder dessen Besitz zu verlieren, berechtigt, den Gläubiger mit der Wirkung zu befriedigen, daß die Forderung kraft *cessio legis* auf ihn übergeht. Die Befriedigung kann hier — im Gegensatz zu § 267 B. G. B. — auch gegen den Willen des Gläubigers und des Schuldners, und auch durch Hinterlegung oder Aufrechnung erfolgen (§ 268 Abs. 2).

---

[5]) Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe von Sachen (§§ 883 ff. C. P. O.) fällt nicht unter § 268 C. G.

[6]) und zwar ein dingliches oder ein durch eine Vormerkung mit dinglicher Wirkung gesichertes Recht (nicht einen blos obligatorischen Anspruch auf Einräumung oder Übertragung eines solchen Rechtes). Vgl. *Planck, Staudinger, Neumann* zu § 268; a. A. *Endemann* und *Oertmann* zu § 268.

Jedoch kann der Übergang der Forderung nicht zum Nachteil des Gläubigers geltend gemacht werden (§ 268 Abs. 3 a. E.).

Ferner gewähren §§ 1150, 1192 B. G. B. ein mit der Wirkung einer *cessio legis* ausgestattetes Ablösungsrecht gegenüber dem Hypotheken- und Grundschuldgläubiger, und § 1249 B. G. B. räumt gegenüber dem Pfandgläubiger ein Ablösungsrecht jedem ein, der durch die Veräußerung des Pfandes ein (dingliches) Recht an dem Pfande verlieren würde.

Während § 268 B. G. B. voraussetzt, daß die Zwangsvollstreckung bereits betrieben wird, gewähren §§ 1150, 1192 B. G. B. das Ablösungsrecht schon dann, wenn die Befriedigung aus dem Grundstück (gerichtlich oder außergerichtlich) verlangt wird; nach § 1249 B. G. B. genügt, daß der Schuldner zur Leistung berechtigt ist, was meist schon vor der Fälligkeit der Schuld der Fall sein wird.

Vollzogen wird die Ausübung der Ablösungsrechte von dem Dritten dadurch, daß er an den Gläubiger bezw. an den Gerichtsvollzieher alles, was der Gläubiger nach dem Vollstreckungstitel zu beanspruchen hat, insbesondere auch die Kosten der Zwangsvollstreckung zahlt.[7]) Wird nur wegen eines Teilbetrages vollstreckt, so erstreckt sich das Ablösungsrecht auch nur auf diesen Teilbetrag. Der Dritte hat nach Zahlung einen Anspruch auf Quittung und Aushändigung der vollstreckbaren Ausfertigung; bei teilweiser Leistung muß diese auf dem Titel vermerkt und dem Dritten dann Quittung erteilt werden (§ 757 C. P. O.); kommt der Gerichtsvollzieher diesen Vorschriften nicht nach, so hat der Dritte keinen materiell-rechtlichen Anspruch auf Auslieferung der Ausfertigung und Quittung gegen den Gerichtsvollzieher, sondern nur einen durch Klage verfolgbaren Anspruch gegen den Gläubiger (§§ 371, 368 B. G. B.); denn die nach bürgerlichem Recht bestehende Verpflichtung des Gläubigers zur Quittungserteilung wird durch die Quittungsleistung des Gerichtsvollziehers nicht berührt (§ 757 Abs. 2 C. P. O.).

Der ablösungsberechtigte Dritte des § 268 B. G. B. kann nach Befriedigung des Gläubigers die Umschreibung der Voll-

[7]) und zwar durch Erfüllung (§§ 362 ff. B. G. B.), Hinterlegung (§§ 372 ff., 378) oder Aufrechnung (§§ 387 ff.).

streckungsklausel auf seinen, des Dritten Namen bewirken (§ 727 C. P. O.) und dann seinerseits gegen den Schuldner vollstrecken. Gegen etwaige Fortsetzung der Zwangsvollstreckung durch den alten Gläubiger muß nötigenfalls der Schuldner mittels Einwendung gegen den (gemäß §§ 268 Abs. 3, 412, 407 B. G. B. nicht mehr bestehenden) Anspruch selbst nach §§ 767, 769 ff. C. P. O. sich schützen, und der Dritte (in dessen Rechte der alte Gläubiger widerrechtlich eingreift) muß die Widerspruchsklage aus § 771 C. P. O. und Klage auf Herausgabe der vollstreckbaren Ausfertigung sowie auf Erteilung eines Anerkenntnisses des erfolgten Forderungsüberganges (§§ 412, 403, 404 B. G. B.) erheben. Eventuell ist Raum für eine einstweilige Verfügung[8]) (§§ 935, 942, 23 Satz 2 C. P. O.).

Aus Vorstehendem folgt, daß während der Zwangsvollstreckung nicht schlechtweg jeder Dritte zur Zahlung berechtigt ist,[9]) sondern nur die nach den angeführten Voraussetzungen Befriedigungs- bezw. Ablösungsberechtigten. Soweit nun ein Dritter Zahlung leisten darf, muß der Gerichtsvollzieher auch als zur Empfangnahme der Zahlung nach § 754 C. P. O. ermächtigt gelten;[10]) insbesondere liegt kein Grund vor, dem Gerichtsvollzieher wohl die Annahme der Zahlung seitens Ablösungsberechtigter, nicht aber seitens der nach § 267 B. G. B. Befriedigungsberechtigten zu gestatten,[11]) zumal von dem Gläubiger die nach § 267 B. G. B. angebotene Leistung bei Meidung des Annahmeverzuges im Verhältnisse zum Schuldner nicht zurückgewiesen werden kann. Aus der

[8]) Nach Ausübung des Ablösungsrechtes aus § 1150 B. G. B. kann der Dritte die Aushändigung des Hypothekenbriefes und der sonstigen zur Berichtigung des Grundbuchs erforderlichen Urkunden, bei teilweiser Befriedigung Vorlegung des Briefes beim Grundbuchamt verlangen (§§ 1144, 1145, 1150 B. G. B.) und außerdem Quittung oder Anerkenntnis der kraft Gesetzes erfolgten Übertragung des Rechtes in öffentlich beglaubigter Form (§§ 368 ff., 403, 412 ff., 1155 B. G. B., § 29 G. O.); das Grundbuch wird gemäß §§ 894 ff. oder § 22 G. O. berichtigt.

[9]) Vgl. *Wolff*, Zwangsversteigerung § 75 Anm. 2.

[10]) So *Seuffert*, § 754 N. 3a; *Bunsen*, S. 132; *v. Wilmowski-Levy*, § 676 (alt) N. 1; a. A. *Gaupp-Stein* zu § 754 II a. E. und *Petersen-Anger*, § 754 N. 3.

[11]) Vgl. *Jäckel*, § 75 Anm. 2; *Krech-Fischer*, § 75 N. 3a.

Ermächtigung des Gerichtsvollziehers folgt auch seine Verpflichtung zur Annahme.

§ 4.

### 3. Der Anspruch auf Legitimation und Akteneinsicht.

Um prüfen zu können, ob die eine Vollstreckung bewirkende Person hierzu ermächtigt ist, kann, wie der Schuldner, auch der Dritte eine Legitimierung verlangen. Zunächst muß sich natürlich der Gerichtsvollzieher als solcher legitimieren, was in Preußen durch die vorgeschriebene Dienstkleidung [1]) geschieht. Sodann wird der Gerichtsvollzieher zur Vornahme der Vollstreckung, Empfangnahme der Leistung, Quittungserteilung und Herausgabe der vollstreckbaren Ausfertigung durch den Besitz der letzteren sowohl dem Dritten wie dem Schuldner gegenüber ermächtigt (§§ 754, 755 C. P. O.) [2]).

Der Gerichtsvollzieher braucht also, um zur Vollstreckung schreiten zu können, dem Dritten (z. B. im Falle des § 809 C. P. O.) nur den Schuldtitel vorzulegen und nicht noch den Auftrag des Gläubigers nachzuweisen. Der Dritte darf an den Gerichtsvollzieher [3]) auch dann zahlen, wenn der Gerichtsvollzieher gegen den Willen des Gläubigers in den Besitz der vollstreckbaren Ausfertigung gelangt ist. Der Gläubiger muß diese Zahlung anerkennen, auch wenn der Gerichtsvollzieher das Erhaltene veruntreut hat, und kann nicht geltend machen, daß der Schuldtitel dem Gerichtsvollzieher gar nicht oder zu anderen als Vollstreckungszwecken oder nur unter dem Verbot der Zahlungsannahme ausgehändigt sei. Eine Ausnahme wird nur für den Fall eines auf Benachteiligung des Gläubigers gerichteten arglistigen Einverständnisses zwischen Gerichtsvollzieher und Drittem anzuerkennen sein. [4])

---

[1]) § 16 der preuß. Gesch.-Anw.; über die Beschaffenheit der Dienstkleidung in Preußen vgl. § 26 der G. V. O. und N. 2 der J. M. Rundvfg. v. 30. IV. 1900, I, 868 (bei *Müller*, die preuß. Justizverwaltung 5. Aufl., Bd. 1, S. 593 N. 14); vgl. *v. Wilmowski-Levy*, § 676 (alt) N. 1, a. E.

[2]) Vgl. zu Folgendem die Kommentare zu §§ 754, 755 C. P. O.

[3]) Ist der Gläubiger oder sein Bevollmächtigter anwesend, so muß — wie oben schon ausgeführt — die Zahlung an diese erfolgen.

[4]) So auch *Petersen-Anger*, § 755 N. 4; *v. Wilmowski-Levy*, § 676 N. 2 (alt); *Seuffert*, § 755 N. 2 a. E.

Da aber die Vorschrift des § 755 C. P. O. nur zur Sicherung des Schuldners und Dritter gegeben ist, sind der Schuldner und Dritte, obwohl sie auf Vorzeigung des Schuldtitels gültig zahlen könnten, doch berechtigt, dem Gerichtsvollzieher gegenüber die ihnen bekannten Mängel bezw. Beschränkungen des Auftrages gemäß § 766 C. P. O. geltend zu machen.[5])

Schuldner und Dritte haben aber nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht, die Vorlegung der vollstreckbaren Ausfertigung zu verlangen; sie sind, falls nicht dem Gerichtsvollzieher eine besondere Vollmacht erteilt ist, nicht berechtigt, beim Fehlen des Schuldtitels Vollstreckungshandlungen zu dulden, insbesondere zu zahlen. Haben sie es trotz dieses Mangels getan, so stehen ihnen Einwendungen gegen die von ihnen gebilligte Vollstreckung nicht mehr zu.[6]) Befreit werden Schuldner und Dritte durch Zahlung an einen, den Titel nicht besitzenden Gerichtsvollzieher zwar stets, wenn dieser zur Vollstreckung ermächtigt war; wenn aber der Gerichtsvollzieher keinen Vollstreckungsauftrag und auch keine Empfangsermächtigung hatte, nur nach Maßgabe der §§ 362, 185 B. G. B.[7])

Auf Grund eines Wechselurteils darf, falls nicht das Urteil ausdrücklich auf unbedingte Zahlung lautet, nur unter gleichzeitiger Vorlegung des Wechsels nebst Protest vollstreckt werden.[8]) Deshalb legen viele Geschäftsanweisungen (z. B. die preußische im § 47 Nr. 9) dem Gerichtsvollzieher die Verpflichtung auf, sich vor Beginn der Vollstreckung außer dem Schuldtitel auch den Wechsel etc. aushändigen zu lassen. Aber auch hier zielt die Vorlegungspflicht nur auf den Schutz

---

[5]) Vgl. § 755 S. 2 C. P. O., wo nur dem „Gläubiger" das Recht, Mängel des Auftrages geltend zu machen, entzogen ist; § 755 S. 1 steht hiermit nicht in Widerspruch, da er den Besitz des Schuldtitels nur „für genügend" erklärt. So auch *Gaupp-Stein*, § 755 N. 3; *Petersen-Anger*, § 755 N. 4, N. D. P. S. 1980, 1987.

[6]) So die Kommentare, vgl O. L. G. Braunschweig in Braunschw. Ztschr., Bd. 42 S. 143.

[7]) Vgl. *Seuffert*, § 755 N. 1; *Petersen-Anger*, § 755 N. 4.

[8]) R. G., Bd. 36 N. 25, S. 105; Bd. 37, S. 5 und die von *Gaupp-Stein* in Anm. 16 zu § 726 cit. Entscheidungen; *Falkmann*, S. 294, 295.

des Schuldners bezw. Dritten ab, so daß diese auf Vorlegung der Urkunden verzichten und ohne deren Aushändigung zahlen können.[9])

Die Einsicht der Akten[10]) des Gerichtsvollziehers ist allen Personen, welche bei dem Vollstreckungsverfahren beteiligt sind, zu gestatten; auch Abschriften einzelner Aktenstücke müssen ihnen auf Verlangen erteilt werden (§ 760 C. P. O.). Dieses Recht steht also außer dem Gläubiger und Schuldner sowie ihren Rechtsnachfolgern auch dem Dritten dann zu, wenn er durch das Verfahren unmittelbar berührt wird, sei es, daß er Drittschuldner (§ 829 C. P. O.), oder Widerspruchskläger (§ 771 C. P. O.) oder nachpfändender Gläubiger (§ 826 C. P. O.) ist oder Rechte an der gepfändeten Sache geltend macht (§§ 740, 746, 748, 805 C. P. O.) u. a. m. Unbeteiligte Dritte dürfen aber weder die Akten einsehen noch Abschriften daraus erhalten. Als Akten sind auch die Register der Gerichtsvollzieher sowie die noch in den Händen der Gerichtsvollzieher befindlichen Schriftstücke der Parteien anzusehen.[11]) Für die Abschriften ist nach § 14 Nr. 1 der Gebührenordnung f. G. V. eine Schreibgebühr zu zahlen.

§ 5.

## 4. Die Rechtsbehelfe Dritter.

Die Rechtsbehelfe des Dritten betreffen sowohl die formelle als auch die materielle Zulässigkeit der Vollstreckung.

### a) Einwendungen gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung.[1])

Glaubt der Dritte durch eine unrichtige Art und Weise der Vollstreckung, das reglementswidrige Vorgehen des Gerichtsvollziehers oder durch ein den gesetzlichen Bestimmungen

---

[9]) So die Kommentare zu § 726; *Falkmann*, S. 295.

[10]) Die Führung und Aufbewahrung der Akten und Register der Gerichtsvollzieher wird in den Dienstanweisungen geordnet. Vgl. die preuß. Ger.-V.-Ord. §§ 72—77 (Akten) und das. §§ 65—70 (Register).

[11]) So auch die Kommentare zu § 760 C. P. O.

[1]) Diese werden auch „Vollstreckungsbeschwerden" genannt; so von *Weismann*, S. 87.

widersprechendes Verfahren sich in seinem Rechtskreise [2]) verletzt, so stehen ihm die Einwendungen und Erinnerungen aus § 766 C. P. O. [3]) zu Gebote. So können insbesondere Dritte gemäß § 766 die Unzulässigkeit der Pfändung einwenden, wenn bei ihnen entgegen der Vorschrift des § 809 C. P. O. Sachen gepfändet sind, zu deren Herausgabe sie nicht bereit waren, [4]) oder wenn sie infolge einer Namensverwechselung oder eines sonstigen Versehens als Schuldner behandelt werden. [5]) Ferner kann der Dritte nach § 766 C. P. O. rügen, daß die Vollstreckungsklausel nicht umgeschrieben sei [6]) oder — besonders in den Fällen der §§ 739 ff. C. P. O. — daß er nicht der im Titel genannte Schuldner sei, [7]) oder daß die Zwangsvollstreckung nur in bestimmte Vermögensmassen stattzufinden habe. [8]) Ebenso kann der Dritte nach § 766 C. P. O. eine auf Grund der §§ 811, 850 bestehende Unpfändbarkeit geltend machen, wenn diese mit Rücksicht auf das Recht des Dritten besteht oder ihm direkt zu gute kommt, [9]) wie

[2]) Also nicht jeder Dritte hat Einwendungen aus § 766 C. P. O. Vgl. O. L. G. Oldenburg in Old. Z. 21, S. 111; *Liertz* in der Z. f. G. Bd. 12, S. 44; *Falkmann*, S. 374.

[3]) § 766 C. P. O. lautet: „Über Anträge, Einwendungen und Erinnerungen, welche die Art und Weise der Zwangsvollstreckung oder das bei derselben vom Gerichtsvollzieher zu beobachtende Verfahren betreffen, entscheidet das Vollstreckungsgericht. Dasselbe ist befugt, die in § 732 Abs. 2 bezeichneten Anordnungen zu erlassen.

Dem Vollstreckungsgericht steht auch die Entscheidung zu, wenn ein Gerichtsvollzieher sich weigert, einen Vollstreckungsauftrag zu übernehmen oder eine Vollstreckungshandlung dem Auftrage gemäß auszuführen, oder wenn in Ansehung der von dem Gerichtsvollzieher in Ansatz gebrachten Kosten Erinnerungen erhoben werden."

[4]) Und zwar auch dann, wenn die Dritten zur Erhebung der Klage aus § 771 C. P. O. berechtigt sind; hierüber siehe unten Seite 24 zu Anm. 22.

[5]) Cfr. *Falkmann*, S. 374, *Gaupp-Stein*, § 766 N. 3.

[6]) O. L. G. Colmar, Els. Ztg. 24, S. 302 u. d. Kommentare.

[7]) O. L. G. Kiel in O. L. G. 1, S. 329; K. G. Bl. 6, 53 u. d. Kommentare.

[8]) *Petersen-Anger*, § 766 N. 4, Anm. 14; vgl. dazu *Gaupp-Stein*, § 766 N. I, 1.

[9]) So z. B. nach § 811 N. 1 die Hausgenossen, nach N. 2, 3, 12 die Familienangehörigen oder das Gesinde, nach N. 4 die Realgläubiger. Vgl. O. L. G. Karlsruhe in Bad. Rspr. 1902, S. 190. *Seuffert*, § 811 N. 1e, § 850 N. 2a; *Petersen-Anger*, § 766 N. 4, Anm. 18; *Gaupp-Stein*, § 766 N. I, 3 (Anm. 13).

a. A. O. L. G. Cöln im Rhein. Arch. 94 I, S. 3.

es in §§ 861, 862 C. P. O. ausdrücklich für die Ehefrau und und das Kind bestimmt ist. Namentlich können Dritte, welche ein Recht auf Befriedigung aus dem Grundstück haben, gemäß § 766 Abhilfe suchen, wenn Grundstücksbestandteile [10]) oder entgegen den Vorschriften der §§ 810 Abs. 1, 811 Nr. 4, 865 C. P. O. stehende Früchte oder Zubehörstücke [11]) gepfändet sind. Hierher gehören auch die Einwendungen des Drittschuldners wegen Unpfändbarkeit der gepfändeten Forderung oder bestimmter Gegenstände [12]) oder wegen sonstiger — z. B. aus der Unzuständigkeit des Vollstreckungsgerichts [13]) hergeleiteter — Unzulässigkeit der Pfändung. Endlich haben Ansprüche aus § 766 C. P. O. auch die nachstehenden Pfandgläubiger [14]) und im Falle des § 778 die Gläubiger des Erben [15]) bezw. die Nachlaßgläubiger. [16])

In allen diesen Fällen können die Erinnerungen aus § 766 C. P. O. nach vorherrschender Theorie und Praxis [17]) dem Schuldner und Dritten nicht nur gegen Vollstreckungshandlungen des Gerichtsvollziehers, sondern auch gegen Vollstreckungsbeschlüsse des Gerichts zustehen. Gegen die Gerichtsbeschlüsse findet nicht etwa ausschließlich oder stets wahlweise neben der Erinnerung aus § 766 C. P. O. die sofortige Beschwerde aus § 793 C. P. O. statt; vielmehr greift § 766 C. P. O. Platz, wenn vor Erlaß dieses Beschlusses beiderseitiges Gehör stattgefunden hat. [17]) Ist dies nicht geschehen, so ist erst gegen den Beschluß, welcher über die Erinnerung entschieden hat, die sofortige Beschwerde zulässig; [18]) nur dann, wenn vor Erlaß der gerichtlichen Ver-

[10]) O. L. G. Jena in S. A. 55 N. 183; *Seuffert,* § 766 N. 2 d.

[11]) R. G. 34, S. 377 ff., 380; die bei *Petersen-Anger,* Bd. II, S. 376, Anm. 2 und bei *Gaupp-Stein,* § 766, Anm. 14 Citierten; *Seuffert,* § 766 N. 2 d; *Gaupp-Stein,* § 766 N. 3.

[12]) O. L. G. Cöln im Rhein. Arch. 95 I, S. 118; R. G. in J. W. 1900, S. 839 N. 3; R. G. 34 S. 380.

[13]) R. G. v. 2. V. 1885 in S. A. 41 N. 158.

[14]) O. L. G. Colmar in Els. Z. 24, 302 ff.

[15]) [16]) So auch *Petersen-Anger,* § 766 II, 5 zu Note 5 u. 6 und *Gaupp-Stein,* § 766 N. I, 3.

[17]) Vgl. die Kommentare, bes. die bei *Seuffert,* § 766 N. 2 Citierten.

[18]) Vor diesem Beschluß liegt eben noch keine der Beschwerde unterliegende Entscheidung vor.

fügung beiderseitiges Gehör stattgefunden hat, findet von vornherein die sofortige Beschwerde statt.[19]) Als „Anträge", welche im Sinne des § 766 seitens Dritter ans Vollstreckungsgericht gelangen können, kommen namentlich Anträge auf Einsicht der Akten oder Erteilung von Abschriften (§ 760 C. P. O., s. oben Seite 21) und Anträge gemäß § 766 Abs. 2 in Betracht.

Die Erinnerungen aus § 766 bedürfen weder einer besonderen Form noch der Glaubhaftmachung.[20]) Ebensowenig ist für die Anbringung der Erinnerungen eine Frist bestimmt; jedoch ist Voraussetzung, daß die Vollstreckung begonnen hat[21]) und noch nicht vollständig beendigt ist.[22]) Es muß der mit der Erinnerung etc. zu verfolgende Zweck noch erreichbar sein.[23]) Abweisende Entscheidungen sind nur dem Antragsteller,[24]) stattgebende dagegen auch den Parteien und evtl. Dritten zuzustellen.[25]) Gegen die Entscheidung, welche gleichzeitig gemäß § 91 ff. C. P. O. über die Kosten entscheidet,[26]) steht dem Dritten die sofortige Beschwerde aus § 793 (s. u. Seite 30) zu.

Entsprechende Anwendung findet gemäß § 928 C. P. O. die Vorschrift des § 766 auf die Vollziehung des Arrestes; also auch gegen die Art und Weise der Arrestvollziehung hat der Dritte sich durch Erhebung von Erinnerungen nach § 766 C. P. O. zu schützen.

### b) Die Widerspruchsklage.

Will der Dritte sich aber nicht gegen den angewandten Vollstreckungsmodus verwahren, sondern lediglich auf Grund

---

[19]) So namentlich gegen Anordnung der Haft aus § 901.

[20]) So die Kommentare, *Falkmann*, S. 378; sie unterliegen den Grundsätzen der sogen. fakultativen mündlichen Verhandlung (§ 764, Abs. 3); vgl. *Gaupp-Stein*, § 766 N. II.

[21]) Cfr. L. G. Berlin I bei *Lisiecke-Drewes*, S. 25.

[22]) R. G. v. 9. XII. 1895 in J. W. 1896, 32; O. L. G. Dresden in S. A. 46 N. 77; O. L. G. Hamburg in S. A. 54 N. 264.

[23]) *Falkmann*, S. 379; *Seuffert*, § 766 N. 5. O. L. G. Jena in O. L. G. Bd. 7 S. 310.

[24]) R. G. v. 13. IV. 1899 in J. W. 1899 S. 340 ff.

[25]) Vgl. die Kommentare.

[26]) Eventuell können dem Gerichtsvollzieher, wenn auf seinem Verschulden die angefochtene Vollstreckungshandlung beruht, die Kosten gemäß § 102 C. P. O. auferlegt werden.

der materiellen Rechtslage die Zwangsvollstreckung oder eine einzelne Vollstreckungsmaßregel als unberechtigt anfechten, so muß er sich der Widerspruchsklage nach §§ 771 ff. bedienen. Zur Erhebung dieser Klage ist der Dritte zunächst nach § 771 Abs. 1 C. P. O. dann berechtigt, wenn ihm an dem Gegenstand der Zwangsvollstreckung „ein die Veräußerung hinderndes Recht" zusteht. Diese Ausdrucksweise, welche nur auf die zur Veräußerung des Gegenstands führende Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen, nicht aber auf die Vollstreckungen durch Wegnahme und Übergabe (§§ 815, 883 ff. C. P. O.) oder durch Überweisung (§§ 829 ff. C. P. O.) paßt, ist zu eng. Vielmehr sollen, wie die Stellung des § 771 unter den allgemeinen Vorschriften und die Motive zum E. III (S. 413) bestätigen, zur Widerspruchsklage nach § 771 Abs. 1 alle Rechte berechtigen, welche der vom Gläubiger betriebenen Zwangsvollstreckung entgegenstehen [1]) und diese deshalb als einen rechtswidrigen Eingriff in die Vermögenssphäre des Dritten erscheinen lassen. [2]) Ob ein Recht im Einzelfalle so beschaffen ist, bestimmt sich nach bürgerlichem Recht. [3]) [4]) Insbesondere können die Widerspruchsklage begründen [5]) das Eigentum oder Miteigentum [6]) an den von der Vollstreckung ergriffenen Sachen und jedes andere dingliche Recht daran, wie Nießbrauch, Erbbaurecht, Lehnsrecht, dingliches Wohnungsrecht, Anwärterecht bei Lehen und Fideikommissen. Hierher gehören ferner das Recht auf die gepfändete Forderung [7]) oder sonstige

[1]) Vgl. *Gaupp-Stein*, § 771 N. II, 1; *Petersen-Anger*, § 771 II, 5.

[2]) *Seuffert*, 771 N. 2, Abs. 1 a. E; vgl. die Kommentare zu § 771 und die dort Citierten.

[3]) So auch *Gaupp-Stein*, § 771 II 1, Abs. 3; *Petersen-Anger*, § 771 II, 5.

[4]) Hinsichtlich der rechtl. Natur der Widerspruchsklage vgl. die Kommentare zu § 771 und bes. die bei *Seuffert* zu § 771 gegebenen zahlreichen Literaturnachweise.

[5]) Für das Folgende vgl. die Kommentare.

[6]) R. G. 13 S. 179; O. L. G. Hamburg in S. A. 49 N. 291; L. G. Bautzen im Sächs. Archiv 1, 281.

[7]) Dagegen ist dem Drittschuldner, weil ihm kein Recht an der gepfändeten Forderung zusteht, die Klage aus §§ 771 nicht gewährt; vgl. *Petersen-Anger*, § 771 N. 3; *Gaupp-Stein*, § 771 4.

Vermögensrechte des § 857 C. P. O. sowie die Rechte der Nutznießer und Pfandgläubiger an solchen Forderungsrechten. Dagegen ist der Dritte, welcher ein Pfand- oder Vorzugsrecht an beweglichen Sachen hat, die Sachen aber nicht in Besitz hat, nicht zur Widerspruchsklage berechtigt, sondern hat nach der Vorschrift des § 805 C. P. O. lediglich einen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse des gepfändeten Gegenstandes.[8]) Die Verletzung des Besitzes, der nach B. G. B. ein Recht an der Sache ist, in welches nicht ohne besonderen Rechtsgrund eingegriffen werden darf, berechtigt ebenfalls zur Erhebung der Widerspruchsklage.[9]) Dasselbe gilt von dem Zurückbehaltungsrecht[10]) und dem obligatorischen Recht des Dritten auf Herausgabe einer nicht zum Vermögen des Schuldners gehörigen Sache, also dem Rechte des Verleihers, Auftraggebers, Hinterlegers, Vermieters, Verpächters, Verpfänders usw.[11]) Ist aber ein nur persönlicher Herausgabeanspruch auf einen noch im Besitz des Schuldners befindlichen Gegenstand gerichtet (z. B. beim Kauf oder Tausch auf Lieferung der Ware), so hat der Dritte keine Widerspruchsklage.[12]) Gewährt ist dagegen diese Klage dem Dritten dann, wenn ihm das Anfechtungsrecht gemäß §§ 29 ff. der Konkursordnung oder nach dem Anfechtungsgesetz von 1879 zusteht.[13])

Die Widerspruchsklage soll sodann gemäß § 772 C. P. O. auf ein relatives Veräußerungsgebot (§§ 135, 136 B. G. B.) gestützt werden können, wenn die Zwangsvollstreckung gegen

---

[8]) Ausnahmen bilden hier § 810 Abs. 2 und § 865 Abs. 2 (Pfändung von Früchten auf dem Halm bezw. des beweglichen Zubehörs von unbeweglichen Sachen).

[9]) So die frühere, auch heutige allgemeine Ansicht. Vgl. *Weismann*, § 143 II, A 3 (S. 105), die Kommentare zu § 771; R. G. 34 N. 112 und die dort Citierten.

[10]) Vgl. *Petersen-Anger*, § 771 II, 5c Abs. 2 und dort Citierte.

[11]) So die Kommentare.

[12]) Vgl. O. L. G. Cöln im Rhein. Arch. 87 I, 276; O. L. G. Dresden in S. A. 52 N. 225; R. G. 18, 365 ff.

[13]) Vgl. die Kommentare und die bei *Gaupp-Stein* in Anm. 25 zu § 771 II, 1c Citierten.

dieses Verbot verstößt [14]) und gemäß § 773 C. P. O. auf das Recht zur Nacherbschaft, wenn die Zwangsvollstreckung zu einer Veräußerung oder Überweisung führen würde, welche im Falle des Eintritts der Nacherbfolge nach § 2115 B. G. B. dem Nacherben gegenüber unwirksam wäre. [15]) Endlich ist dem Ehemann, dessen Ehefrau selbständig ein Erwerbsgeschäft betreibt, gegen die Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut der Ehefrau oder in das Gesamtgut die Widerspruchsklage in § 774 C. P. O. für den Fall verliehen, daß das gegen die Frau ergangene Urteil in Ansehung des eingebrachten Gutes oder des Gesamtgutes ihm gegenüber unwirksam ist.

In allen Fällen ist außer dem Vorhandensein des der Vollstreckung entgegenstehenden Rechtes vorausgesetzt, daß der „Gegenstand" des Widerspruchs bereits von der Vollstreckung ergriffen, [16]) die Vollstreckuug aber noch nicht beendigt ist. Sollte ihr Ende vor oder nach Erhebung der Widerspruchsklage eingetreten sein, so steht dem Dritten gegen den Gläubiger ein Bereicherungsanspruch aus §§ 816 bezw. 812 B. G. B. [17]) zu. Auf Schadensersatz (§§ 823 bezw. 989 ff. B. G. B.) kann der Dritte gegen den Gläubiger nur klagen, wenn diesen ein Verschulden trifft. [18])

---

[14]) Dies ist der Fall, wenn die Zwangsvollstreckung wegen eines persönlichen Anspruchs oder auf Grund einer infolge des Veräußerungsverbots unwirksamen Rechtes erfolgt und zu einer Veräußerung oder Überweisung des Gegenstandes führen soll, auf den sich das Veräußerungsverbot bezieht.

[15]) Die in § 772 und § 773 C. P. O. genannten Zwangsvollstreckungen sollen deshalb, auch ohne daß der Dritte widersprochen hätte, nach der ausdrücklichen Vorschrift dieser §§ unterbleiben.

[16]) So auch die Kommentare. A. A. nur *Schrutka* (Zur Dogmengeschichte und Dogmatik der Freigebung fremder Sachen im Zwangsvollstreckungsverfahren, Berlin 1888/89, Dogmatischer Teil, Heft 3, 1893) im Dogmatischen Teil S. 88.

[17]) Vgl. *Landsberg* in D. J. Z. 3, 143; *Neumann* in D. J. Z. 6, 16 ff., O. L. G. Stuttgart, O. L. G. 2, 353 ff.; a. A. *Oertmann* im civil. Archiv, Bd. 96 S. 1 ff. Näheres s. § 6 unten.

[18]) Wenn z. B. der Gläubiger die Gegenstände der Vollstreckung bezeichnet hat, obwohl er die Rechte des Dritten kannte.

Näheres s. § 6c unten (Seite 38 ff.).

Aktiv legitimiert ist nur der Dritte (s. oben § 1); als solcher kann aber der Vollstreckungsschuldner dann erscheinen, wenn er nur mit einem bestimmten Teile seines Vermögens haftet, so z. B. der verklagte Testamentsvollstrecker oder Konkursverwalter, wenn ihr Privatvermögen angegriffen wird, oder der Ehemann, welcher nach §§ 739 ff. C. P. O. nur mit dem Eingebrachten haftet u. a. m. Die Ehefrau darf nach § 1407 Nr. 4 B. G. B. ohne Zustimmung ihres Ehemannes die Widerklage erheben.

Die Klage hat der Dritte gegen den betreibenden Gläubiger bezw. gegen dessen Rechtsnachfolger [19]) zu richten, nicht etwa gegen den Schuldner, der an dem unbefugten Vorgehen des Gläubigers nicht beteiligt ist. Der Dritte kann gegen den Schuldner nur die Feststellungsklage austrengen und diese dann mit der Widerspruchsklage aus § 771 C. P. O. gegen den Gläubiger verbinden. Nach § 771 Abs. 2 sind Gläubiger und Schuldner dann Streitgenossen.

Der Antrag geht dahin, daß die Zwangsvollstreckung bezw. die betreffende Vollstreckungsmaßregel für unzulässig erklärt werde. [20]) Dahin hat auch das Urteil zu lauten, wenn die Klage als begründet anerkannt wird. Wird die Klage des Dritten als unbegründet abgewiesen, und war im Laufe des Prozesses die Vollstreckung eingestellt (s. Seite 29), so hat das Gericht die Einstellung aufzuheben und kann der Gläubiger die Fortsetzung der Vollstreckung vom Gerichtsvollzieher verlangen. Der Dritte hat dem Gläubiger den durch die Erhebung der Widerspruchsklage entstandenen Schaden zu ersetzen gemäß §§ 823 ff., 989 ff., B. G. B. [21])

---

[19]) Gegen den Rechtsnachfolger, sobald die Klausel auf ihn umgeschrieben ist.

[20]) So lautet auch die in § 775 N. 1 vorausgesetzte Formulierung; der Antrag geht nicht etwa auf „Verurteilung zur Freigabe“ oder „Anerkennung des klägerischen Rechtes“. Vgl. O. L. G. Hamburg in S. A. 54 N. 198; O. L. G. Karlsruhe in Bad. Rspr. 1901, S. 134.

[21]) z. B. die Futterkosten bei verzögerter Freigabe. O. L. G. Colmar in Els. Z. 19, 217; *Petersen-Anger*, § 771 N. 10 a. E; *Gaupp-Stein*, § 771, VI a. E., VII 4; a. A. O. L. G. Cöln im Rhein. Arch. 91 I, 249, welches hier „Prozeßkosten“ annimmt; Näheres s. unten § 6 (Seite 38 ff.).

Liegen im Einzelfalle ausnahmsweise sowohl die Voraussetzungen des § 766 und des § 771 (805) C. P. O. vor, so steht dem Dritten das Wahlrecht zwischen der Erinnerung aus § 766 und der Widerspruchsklage zu.[22]) Dies wird z. B. der Fall sein, wenn eine Sache des Dritten entgegen der Vorschrift des § 809 C. P. O. gepfändet ist,[23]) oder die Pfändung auch nur in den Gewahrsam des Dritten ohne dessen Einwilligung eingreift. Dasselbe gilt von dem Hypothekengläubiger, wenn ein persönlicher Gläubiger Zubehörstücke pfändet, von den Erinnerungen des Drittschuldners und dessen Einwendungen gegen die Klage des Gläubigers[24]) sowie von den Erinnerungen und der Klage des Dritten, der die vom Gläubiger beanspruchte Forderung diesem oder dem Drittschuldner gegenüber für sich beansprucht.[25])

c) Einstweilige Anordnung. Einstellung.

Durch Erhebung der Widerspruchsklage wird die angefochtene Vollstreckung noch nicht ohne weiteres gehemmt. Der Dritte kann aber — unter Glaubhaftmachung der tatsächlichen Behauptungen (§ 769 Abs. 1 C. P. O.) — gemäß §§ 771 Abs. 3, 769 C. P. O. bei dem Gericht, bei dem die Klage in erster oder höherer Instanz anhängig ist, die Anordnung provisorischer Schutzmaßregeln beantragen. Das Prozeßgericht kann die einstweilige Einstellung der Vollstreckung (gegen oder ohne Sicherheitsleistung) oder die Aufhebung der erfolgten Vollstreckungsmaßregeln (und zwar im Gegensatz zu § 769 hier nach § 771 Abs. 3 auch ohne Sicherheitsleistung) anordnen. Diese Anordnungen können nach anzuerkennender konstanter Praxis[26]) schon vor Zustellung der Klage aus § 771 unter der aufschiebenden Be-

[22]) So die Kommentare zu § 766; *Weismann*, S. 94; O. L. G. Kiel in O. L. G. 1 S. 329; Kammergericht in O. L. G. 1, 242. O. L. G. Colmar in Busch Z. 23, 181; *Falkmann*, S. 379.

[23]) Vgl. die bei *Gaupp-Stein* in Anm. 42 zu § 766 Citierten.

[24]) *Petersen-Anger*, § 766 N. I, 1 b; *Gaupp-Stein*, § 766 III c

[25]) R. G. v. 25. II. 1898 in S. A. 53 N. 263 (S. 476), *Petersen-Anger* und *Gaupp-Stein* a. a. O.

A. A. O. L. G. Hamburg in O. L. G. 6 S. 414.

[26]) Vgl. die bei *Seuffert*, § 769 N. 1 c Citierten.

dingung, daß die Klagerhebung erfolge, erlassen werden. In dringenden Fällen kann auch das Vollstreckungsgericht solche Anordnungen erlassen, aber nur unter Bestimmung einer Frist, binnen welcher der Dritte die Entscheidung des Prozeßgerichts beizubringen hat (§ 769 Abs. 2 C. P. O.). Die Aufhebung der Vollstreckungshandlungen erstreckt sich auch auf ihre Wirkungen (z. B. das Pfändungspfandrecht).[28])

In dem über die Widerspruchsklage entscheidenden Urteile können die gleichen vorläufigen Anordnungen erlassen oder die vor der Urteilsverkündung erlassenen aufgehoben, abgeändert oder bestätigt werden (§§ 770, 771 Abs. 3 C. P. O.).

Die Tätigkeit des Vollstreckungsorganes wird, wie schon erwähnt, durch die Einwendungen und die Widerspruchsklage des Dritten in der Regel nicht aufgehalten; ist aber das Urteil, das die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt, vorgelegt, so ist der Gerichtsvollzieher nach § 775 C. P. O. verpflichtet, die Zwangsvollstreckung einzustellen. Ebenso kann der Dritte durch Vorlegung der übrigen in C. P. O. § 775 Nr. 2—5 genannten Urkunden die Einstellung oder Beschränkung der Vollstreckung herbeiführen. Kommt der Gerichtsvollzieher seiner Verpflichtung aus § 775 C. P. O. nicht nach, so kann der Dritte gemäß § 766 C. P. O. eine Entscheidung des Vollstreckungsgerichts veranlassen.

### d) Sofortige Beschwerde.

Wie gegen die vorerwähnten Entscheidungen des Vollstreckungsgerichts auf Erinnerungen, welche gemäß § 766 C. P. O. erhoben sind, steht die sofortige Beschwerde des § 793 C. P. O. dritten Personen auch gegen alle im Vollstreckungsverfahren ohne vorgängige mündliche Verhandlung ergangenen Entscheidungen zu, durch die er in seinem Rechtskreise verletzt wird. Jedoch ist stets vorausgesetzt, daß dem Dritten nicht die Rechtsbehelfe aus §§ 766, 771 oder

---

[27]) und zwar sowohl vor wie nach Erhebung der Widerspruchsklage. Vgl. *Seuffert*, § 769 N. 2; *Petersen-Anger*, § 769 N. 3b.

[28]) Über den Inhalt der Anordnungen im einzelnen siehe die Ausführungen der Schriftsteller zu den §§ 769, 707 C. P. O., *Falkmann*, § 30, 2 (Seite 340—350).

805 zu Gebote stehen.[29]) Hierher gehören außer den Entscheidungen des Vollstreckungsgerichts (§ 764 Abs. 3 C. P. O.) diejenigen nach §§ 732, 769, 771 Abs. 3, 781, 786, 829 ff., 844, 881—91, 900, 901 und alle Entscheidungen, durch die eine Beschwerde im Vollstreckungsverfahren als unzulässig verworfen wird, da dann die weitere Beschwerde eine sofortige ist.[30])

Der Beschwerde aus § 793 C. P. O. unterliegen natürlich nicht die ausdrücklich für unanfechtbar erklärten Entscheidungen der §§ 707 Abs. 2, 718, 719, 769, 770 Satz 2, 771—74 C. P. O., ebensowenig die Entscheidungen des Gerichtsschreibers und die Anordnungen des Gerichtsvollziehers, solange noch keine gerichtliche Entscheidung vorliegt.[31])

Als Dritter kann hier auch der Gerichtsvollzieher erscheinen; die sofortige Beschwerde steht ihm zu, wenn seine Vermögensinteressen durch die anzufechtende Entscheidung betroffen werden, so z. B. wenn diese anordnet, daß er aus eigenen Mitteln zu hinterlegen habe.[32]) Der Drittschuldner hat bei Pfändung der Forderung, wie sich aus obigen Ausführungen (Seite 23) ergibt, gegen die Zulässigkeit des Pfändungsbeschlusses nicht von vorneherein die Beschwerde,[33]) sondern zunächst Einwendungen aus § 766 C. P. O. zu erheben.[34])

Endlich sei hier noch der Fall erwähnt, wo nach § 109 C. P. O. einem Dritten die sofortige Beschwerde zusteht: Hat nämlich ein Dritter im eigenen Namen[34]) zum Zwecke

[29]) Zwischen § 766 und § 771 hat der Dritte die Wahl (s. oben Seite 29), nicht aber zwischen § 766 oder 771 und 793. Vgl. die Kommentare zu § 793.

[30]) Vgl. *Gaupp-Stein*, § 568 II und dort Anm. 7 und 8.

[31]) *Gaupp-Stein*, § 793 N. I; *Petersen-Anger*, § 793 2; z. T. a. A. *Seuffert*, § 793 N. 1.

[32]) R. G. v. 1. VII. 1890 in S. A. 46, N. 238 (S. 373) O. L. G. Marienwerder in S. A. 50 N. 63 (S. 117) O. L. G. Königsberg in O. L. G. 1, S. 197 u. a.

[33]) So noch eine Entsch. des R. G. v. 2. V. 1885 in S. A. 41 N. 158; anders die neueren Entscheidungen; vgl. die in Anm. 12 zu § 5a (oben Seite 23) Citierten und *Seuffert*, § 793 N. 2.

[34]) Gleichviel ob aus eigenen Mitteln oder aus Mitteln der Partei. S. *Falkmann*, S. 326.

einer prozessualen Sicherheit etwas hinterlegt, so hat der Dritte die Rückgabe der Sicherheit zu beantragen, worauf das Gericht eine Frist bestimmt, binnen welcher der Gegner (der Gesicherte) dem Dritten die Einwilligung in die Rückgabe der Sicherheit zu erklären oder die Erhebung der Klage wegen seiner Ansprüche nachzuweisen hat (§ 109 Abs. 1 C. P. O.). Erst, wenn diese Frist abgelaufen und inzwischen keine Klage erhoben ist, wird auf erneuten Antrag über die Rückgabe entschieden (§ 109 Abs. 2 C. P. O.). Gegen die Bestimmung dieser Frist ist kein Rechtsmittel gegeben,[35]) aber gegen die übrigen Entscheidungen aus § 109 C. P. O. die sofortige Beschwerde, und zwar gemäß § 572 C. P. O. mit aufschiebender Wirkung. Der Dritte hat also, wenn die Fristbestimmung oder die Rückgabe abgelehnt wird, die sofortige Beschwerde.[36]) Kann der Dritte die erforderliche Begründung für seinen Antrag auf Rückgabe der Sicherheit nicht erbringen, so muß er diese im Wege der Klage zurückerbitten.[37])[38])

## § 6.

## 5. Schadensersatzansprüche Dritter.

### a) Die Rechtsstellung des Gerichtsvollziehers.

Ausschlaggebend für die Frage, ob und gegen wen dem durch eine Vollstreckungshandlung geschädigten Dritten ein Ersatzanspruch zusteht, ist die rechtliche Stellung, welche der Gerichtsvollzieher bei der Zwangsvollstreckung einnimmt. Hierbei handelt es sich einmal um das innere Verhältnis zwischen dem Gläubiger und dem Gerichtsvollzieher, sodann

[35]) Vgl. R. G. 51, S. 145; *Falkmann*, S. 328.

[36]) Wegen Anordnung der Rückgabe hat der Gegner (Gesicherte) die sofortige Beschwerde.

[37]) Vgl. O. L. G. Hamburg in O. L. G. 3, S. 326; *Falkmann* S. 328.

[38]) Dem Gläubiger dagegen steht, wenn er die zur Herbeiführung der Vollstreckbarkeit nach §§ 710, 713 C. P. O. von ihm geleistete Sicherheit gemäß § 715 C. P. O. zurückverlangt, die einfache Beschwerde zu, und zwar gemäß § 567 Abs. 1 C. P. O. nur gegen die seinen Antrag auf Rückgabe ablehnende Entscheidung, nicht gegen die bewilligende Entscheidung.

Vgl. R. G. v. 12. X. 1900, Bd. 47 N. 89 (S. 364 ff.) und die Kommentare.

um das Außenverhältnis des Gerichtsvollziehers zum Schuldner und zu Dritten und endlich um die Rechtsstellung des Gerichtsvollziehers gegenüber dem Staate.

Während Theorie und Praxis darin übereinstimmen, daß der Gerichtsvollzieher nach außen lediglich als Beamter auftritt[1]) und auch dem Staate gegenüber gemäß § 155 G. V. G. nur die Stellung eines Staatsbeamten[2]) einnimmt, herrscht über die Rechtsstellung des Gerichtsvollziehers zum Gläubiger immer noch lebhafter Streit.[3]) Und zwar soll nach der

---

[1]) Vgl. *Falkmann*, S. 291; *Weismann*, II S. 80 ff.; *Thiem*, S. 9 ff.; *Riedinger*, S. 37 ff., 96; *Kleinfeller*, S. 81, S. 594 ff.; *Rottmann*, S. 50 ff.; *Schmidt*, S. 796/7; *Seuffert*, § 166 N. 4 a. E.; *Petersen-Anger*, § 753 N. 1, 2; *Gaupp-Stein*, § 753 I, B und die dort in Anm. 3 Citierten. Vgl. R. G. v. 30. IV. 1896 bei *Gruchot*, 40 S. 1038.

[2]) Vgl. *Falkmann*, S. 283; *Thiem*, S. 5 ff.; *Rottmann*, S. 20 ff.; *Kleinfeller*, S. 81, sowie die in Anm. 1 und 3 Citierten.

[3]) Gegenüber stehen sich namentlich die Beamten- und die Mandatstheorie.

Für die Beamtentheorie: *Bunsen*, S. 123 ff.; *Endemann*, 8. Aufl. § 90 (S. 540); *Fischer*, Preuß. Privatrecht, § 133 S. 747; *Förster-Eccius*, 5. Aufl. II, § 141; *Hellmann*, § 37 S. 165; *Kohler*, Konkursrecht, S. 251; *Krech-Fischer*, § 143 S. 609; *Nessel* bei *Gruchot*, Bd. 28 S. 97 ff.; *Planck*, C. P. O. I § 33, S. 135 ff.; *Riedinger*, S. 3 ff.; *Riehl*, Pfändungspfandrecht, S. 68; *Schmidt*, Lehrbuch, § 141 S. 796/7; *Schönfeld*, Gerichtsvollzieher, 5. Aufl. S. 7 ff.; *v. Schrutka-Rechtenstamm* in Grünhuts Zeitschr., Bd. 13 S. 580; *Voß* bei *Gruchot*, Bd. 23 S. 240 ff.; *Walter*, I S. 133 ff.; O. L. G. Kiel in Seuff. Arch., Bd. 37 S. 384; O. L. G. Cöln in O. L. G., Bd. 4 S. 178; *Kleinfeller*, S. 81, 594 ff.; *Thiem*, S. 3 ff.; *Oertmann* im civ. Arch., Bd. 96 S. 28 ff. Jetzt auch wohl *Weismann*, Lehrbuch II S. 80, anders ders. in „Hauptintervention" § 12 N. 8.

Für die Mandatstheorie: *Dernburg*, Privatrecht, 3. Aufl. II, § 298 (S. 865) und Bürgerl. Recht II 2, § 393 (S. 638); *Dunkhase* im civ. Arch. 77 S. 104 und in der Z. f. G.-V. 1891, S. 121; *Falkmann*, S. 285; *Fitting*, 8. Aufl. S. 695; *Francke* in Busch' Zeitschrift, Bd. 5 S. 218; *Gaupp-Stein*, § 753 I ff.; *Hahn* bei *Gruchot*, Bd. 31 S. 330 ff.; *Zastrow* im civ. Arch., Bd. 68 S. 363 ff.; *Mandry-Geib*, 4. Aufl., § 35 S. 398; *Petersen-Anger*, § 753 Anm. 1 (S. 357); *Reincke*, 5. Aufl. § 753 II; *Rottmann*, S. 29; *Schwencke*, die civilrechtl. Stellung des Gerichtsvollz. S. 23 ff.; *Seuffert*, C. P. O. § 753 N. 1, § 166 N. 4; *Struckmann-Koch*, 8. Aufl. § 753, Anm. 1.; *Wach*, Vorträge 2. Aufl. S. 330; *v. Welck* bei *Gruchot*, Bd. 36 S. 540 ff.; *v. Wilmowski-Levy* zu § 674 (alt). Weitere ausführliche Literaturnachweise siehe bei *Welck* a. a. O. und in den Kommentaren.

herrschenden, auch vom Reichsgericht[4]) angenommenen Auffassung der Gerichtsvollzieher eine Doppelstellung einnehmen: er soll nach außen Beamter sein, aber zu der ihn beauftragenden Partei auch in einem civilrechtlichen Vertragsverhältnisse stehen. Dieses Vertragsverhältnis des Gläubigers zum Gerichtsvollzieher wurde vor 1900 als ein Mandat bezw. ein Vollmachtsauftrag angesehen, nach dem Recht des B. G. B. aber, welches im § 662 als Voraussetzung für den Auftrag die Unentgeltlichkeit erfordert, durchweg für einen Dienstvertrag,[5]) teilweise auch für einen Werkvertrag[6]) gehalten.

Die gegenteilige Ansicht (Beamtentheorie) verwirft diese privatrechtliche Auffassung des Verhältnisses zwischen Gläubiger und Gerichtsvollzieher, läßt diesen auch dem Gläubiger gegenüber lediglich als Beamten handeln und will auf die Rechtsbeziehungen zwischen Gläubiger und Gerichtsvollzieher nur die für Beamte gegebenen Rechtsnormen angewandt wissen. Der Ausbau dieser entgegengesetzten Theorien hat die weitere Streitfrage gezeitigt, in welchem Umfange der Gerichtsvollzieher bei der Zwangsvollstreckung als Beauftragter oder gar als Stellvertreter des Gläubigers anzusehen sei. Während die Vertreter der Mandatstheorie den Gerichtsvollzieher bald als Beauftragten, bald als mittelbaren, bald als unmittelbaren Stellvertreter des Gläubigers bezeichnen, lehnt die Amtstheorie folgerichtig jedwede Annahme eines civilrechtlichen Vertretungsverhältnisses ab.

Wenn nun auch durch die Stellungnahme des Reichsgerichts (besonders durch den Beschluß der vereinigten Civilsenate vom 10. VI. 1886, Bd. 16 S. 396 ff.) für die Praxis der Streit um die rechtliche Stellung des Gerichtsvollziehers einstweilen zugunsten der Mandatstheorie als beendigt gelten muß, so werden in der Theorie doch nach wie vor gewichtige Stimmen für die Beamtentheorie laut. Und in der Tat muß die Mandatstheorie als unzulänglich und gekünstelt abgelehnt

---

[4]) R. G. Bd. 16 N. 99, S. 396 ff. (verein. Civ.-Sen.); Bd. 9, N. 106, S. 362; Bd. 17 N. 80, S. 392 ff.; Bd. 20 S. 389 ff.; Bd. 39 S. 160; Bd. 43 S. 180; bayr. ob. L. G. in Bl. f. R. A., Bd. 61 S. 9.

[5]) So z. B. *Falkmann*, S. 285; *Gaupp-Stein*, Vorbem. V vor § 166.

[6]) So *Seuffert*, C. P. O. § 166 N. 4; *Rottmann*, S. 29 ff., 31.

werden. Eine ausführliche Übersicht über den Streitstand zu geben, gehört nicht in den Rahmen dieser Abhandlung; nur mit einigen Worten sei der Ausgangspunkt gekennzeichnet, von dem aus wir zur Annahme der Beamtentheorie gelangt sind. Man hat nämlich u. E. davon auszugehen, daß nur der Staat Subjekt der Zwangsgewalt als eines staatlichen Hoheitsrechtes ist, daß also dem Gläubiger kein (etwa durch Auftrag übertragbares) Recht zur Vornahme der Zwangsvollstreckung zusteht, sondern nur ein Recht, vom Staate die Ausübung der staatlichen Zwangsgewalt zu verlangen.[8]) Der Gläubiger stellt also einen „Antrag" auf Zwangsvollstreckung. Dem widerspricht keineswegs der Wortlaut der C. P. O., welche oft von dem „Auftrage" an den Gerichtsvollzieher, dem „beauftragten" Gerichtsvollzieher, dem Gläubiger als „Auftraggeber" u. a. spricht. Das Wort „Auftrag" kann, namentlich jetzt, wo das B. G. B. nur einen unentgeltlichen Auftrag kennt, nicht im technischen Sinne verstanden werden,[9]) bezeichnet vielmehr den öffentlichrechtlichen Antrag auf Ausübung der Vollstreckung durch das Organ des Staates. Daß die Ausübung dieses öffentlichen Rechtes des Staates Gegenstand eines privatrechtlichen Vertrages (zwischen Gläubiger und Gerichtsvollzieher) werden könne, erscheint von vorneherein mit den Grundsätzen des Staatsrechtes unvereinbar.[10]) Ebensowenig läßt sich aus der Entstehungsgeschichte der C. P. O. und ihren positiven Rechtsregeln oder aus der geschichtlichen Entwicklung des Gerichtsvollzieherinstituts die Annahme eines privatrechtlichen Verhältnisses zwischen Gläubiger und Gerichtsvollzieher rechtfertigen. Es muß hier auf die zahlreichen in der Spezialliteratur gegen die Mandats-

---

[8]) Wenn auch in besonderen Ausnahmefällen der Staat seine Zwangsgewalt dem Gläubiger überlassen hat (wie z. B. nach §§ 1228 ff. B. G. B. der Gläubiger das Recht der Selbstbefriedigung durch Pfandverkauf hat), so bleibt doch der Staat Inhaber der Zwangsgewalt. Vgl. *Kleinfeller*, S. 594 ff.; *Riedinger*, S. 3 ff.; *Thiem*, S. 10; *Welck* bei *Gruchot* 36, S. 506 ff.

[9]) Vgl. *Riedinger*, S. 4 ff., *Rümelin* im civ. Archiv, Bd. 96 S. 28/9; *Thiem*, S. 18 ff.; *Kleinfeller*, S. 81, Anm. 3.

[10]) So auch *Thiem*, S. 12; a. A. R. G. 16 S. 408 ff.

und für die Beamtentheorie geltend gemachten Gründe [11]) verwiesen werden.

### b) Die Haftung des Gerichtsvollziehers und des Gerichtsschreibers.

Da der Gerichtsvollzieher Dritten nur als Staatsbeamter gegenübertritt, so haftet er diesen auch nur nach den im § 839 B. G. B. [12]) aufgestellten Grundsätzen der Beamtenverantwortlichkeit. [13]) Der Gerichtsvollzieher hat hiernach, wenn er bei Vornahme einer Vollstreckungshandlung seine Amtspflichten vorsätzlich oder fahrlässig verletzt, den daraus entstehenden Schaden dem Dritten zu ersetzen, jedoch beim Vorliegen bloßer Fahrlässigkeit [14]) nur dann, wenn der Dritte auf andere Weise Ersatz nicht zu erlangen vermag. Die Ersatzpflicht des Gerichtsvollziehers fällt nach Absatz 3 des § 839 B. G. B. auch dann fort, wenn der Dritte es vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtmittels abzuwenden.

Der auf Fahrlässigkeit gegründeten Schadensersatzklage gegen den Gerichtsvollzieher würde also z. B. der Erfolg zu versagen sein, wenn auch der Gläubiger für den Schaden des Dritten verantwortlich und erstattungsfähig wäre (s. unten § 6c, Seite 38).

---

[11]) Vgl. die in Anm. 3 Citierten, besonders die zusammenfassenden Verteidigungen der Beamtentheorie bei *Riedinger*, S. 3 ff. und *Thiem*, S. 14 ff.

[12]) § 839 Abs. 1 B. G. B. lautet: „Verletzt ein Beamter vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so hat er dem Dritten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Fällt dem Beamten nur Fährlässigkeit zur Last, so kann er nur dann in Anspruch genommen werden, wenn der Beschädigte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag."

[13]) So auch *Falkmann*, S. 291; *Seuffert*, § 166 N. 4, § 755 N. 3; *Gaupp-Stein*, § 753 I, B 2; *Petersen-Anger*, § 753 N. 2; *Rottmann*, S. 50; *Thiem*, S. 37, 38. R. G. Bd. 16 S. 405, 406; Bd. 17 S. 332; R. G. vom 12. I. 1891 bei *Gruchot*, Bd. 35 S. 426; *Hahn* bei *Gruchot*, Bd. 41, S. 330 ff.; R. G. Bd. 51 S. 186; O. L. G. Bd. 4 S. 58 und Rhein. Arch. 98 I, 151.

[14]) § 276 B. G. B. (Die Außerachtlassung der Sorgfalt eines ordentlichen Gerichtsvollziehers).

Soweit zur geschäftlichen Erleichterung der Parteien der Gerichtsschreiber mitwirkt, handelt auch dieser ausschließlich als Organ der Behörde,[15]) nicht als Beauftragter der Parteien. Deshalb bemißt sich auch die Haftung des Gerichtsschreibers nur nach § 839 B. G. B.

Der Gerichtsvollzieher bezw. Gerichtsschreiber haften nun dem Dritten teils unmittelbar nach § 839 B. G. B., teils mittelbar in der Weise, daß dem Dritten zunächst der Staat und diesem sodann eventuell die genannten Beamten haften; denn auf Grund des in Art. 77,218 des Einführungsgesetzes zum B. G. B. gemachten Vorbehalts steht den Landesgesetzen die Befugnis zu, die Haftung für den von Beamten in Ausübung der ihnen anvertrauten öffentlichen Gewalt zugefügten Schaden zu übernehmen. Ob die Einzelstaaten, welche die Haftung für ihre Beamten übernommen haben, gegen diese Regreßansprüche geltend machen wollen, ist ebenfalls der Landesgesetzgebung überlassen (Art. 80 E. G. z. B. G. B.). Preußen hat von dem Vorbehalt des Art. 77 keinen Gebrauch gemacht, so daß die preußischen Gerichtsvollzieher bezw. -schreiber unmittelbar nach § 839 B. G. B. haften. Für die übrigen Einzelstaaten ist deren, in den Kommentaren zum E. G. z. B. G. B. wiedergegebene Ausführungsgesetzgebung zu vergleichen.

Für diese, sich auf die Amtsführung der Beamten gründenden Schadenersatzansprüche Dritter ist nach § 70 Abs. 3 des Gerichtsverfassungsgesetzes bezw. den landesgesetzlichen Ausführungsbestimmungen das Landgericht ausschließlich zuständig,[16]) und ist gemäß § 547 Nr. 2 C. P. O. das Rechtsmittel der Revision ohne Rücksicht auf den Wert des Beschwerdegegenstandes gegeben.[17])

---

[15]) Vgl. *Seuffert,* § 166 N. 5, *Gaupp-Stein,* Vorbem. V vor § 166, § 753 N. II; *Petersen-Anger,* § 753 IV.

[16]) *Petersen-Anger,* § 753 N. 3: *Gaupp-Stein,* 753 I, B 3; R. G. Bd. 17 S. 332; bayr. O. L. G. im Bl. f. R. A., Bd. 63 S. 78; *Jastrow* im civ. Arch., Bd. 68 S. 380 ff.; *v. Welck* bei *Gruchot,* Bd. 36 S. 552; *Rottmann,* S. 52 Anm. 2; *Falkmann,* S. 290.

[17]) *Petersen-Anger,* § 547 N. 4; *Gaupp-Stein,* §§ 166 V, 547 III.

c) Die Haftung des Gläubigers.

Handelt der Gerichtsvollzieher dem Dritten gegenüber als Beamter, so kann der Gläubiger auch für gesetzlich unzulässige Vollstreckungshandlungen des Gerichtsvollziehers nicht von vorneherein haftbar gemacht werden, sondern nur dann, wenn ihn, den Gläubiger, ein Verschulden trifft.[18]) So ist der Gläubiger nicht verantwortlich, wenn der Gerichtsvollzieher den Pfändungsauftrag überschreitet oder ohne besonderen Auftrag des Gläubigers die gesetzlichen oder reglementarischen Vorschriften verletzt.[19]) Dagegen wird der Gläubiger verantwortlich sein, wenn er die schädigende unzulässige Vollstreckungshandlung trotz Kenntnis ihrer Ungesetzlichkeit besonders angeordnet hat,[20]) z. B. den Gerichtsvollzieher zur Pfändung unpfändbarer Gegenstände aufforderte, obwohl ihm, Gläubiger, die Unpfändbarkeit bekannt war. Liegt aber ein Verschulden lediglich auf Seiten des Gerichtsvollziehers vor, so hat dieser allein für den Schaden einzustehen.[21])

Die Haftung des Gläubigers bestimmt sich hier als eine außerkontraktliche nach §§ 823 Abs. 1, 826, 830 B. G. B. Die Vorschrift des § 831 B. G. B. kann für die von uns

[18]) *Gaupp-Stein*, § 755 N. 4; *Petersen-Anger*, § 755 N. 2; *Rottmann*, S. 51, 52; *Seuffert*, § 753 N. 3; *Falkmaun*, S. 291; R. G. Bd. 7 S. 377; Bd. 11 S. 417; Bd. 13 S. 301; Bd. 16 S. 327; Bd. 28 S. 204; Bd. 30 S. 422; S. Archiv, Bd. 38 S. 374, 483; Bd. 40 S. 30; Bd. 50 S. 285.

[19]) Der Gerichtsvollzieher haftet vielmehr allein, wenn er ohne speziellen Auftrag z. B. bei der Pfändung kostbarer Möbel durch Anbringung der Pfandzeichen die Möbel beschädigt, oder wenn er unpfändbare Sachen pfändet und versteigert (J. W. 1891 S. 28), oder wenn er nicht für gehörige Aufbewahrung der Pfandstücke sorgt (Vgl. O. L. G. Cöln im Rhein. Arch. 90 I, S. 60), oder wenn er den Erlös unterschlägt, nachdem der Gläubiger das Vorrecht des Vermieters anerkannt und in dessen Befriedigung gewilligt hatte (J. W. 1900 S. 295 und R. G. vom 19. II. 1900 in S. Arch., Bd. 55 N. 248).

[20]) So auch *Rottmann*, S. 51; *Falkmann*, S. 291, 292; *Gaupp-Stein* § 755 N. 4; *Petersen-Anger*, § 753 N. 2; R. G. Bd. 14 S. 364; R. G. bei *Gruchot*, Bd. 30 S. 1170; R. G. in S. Arch. Bd. 49 N. 14; J. W. 1898, 91; O. L. G. Cöln im Rhein. Arch. 90 I, 60; *v. Wilmowski-Levy*, § 674 (alt) N. 3.

[21]) Vgl. die in Anm. 19 und die bei *Rottmann*, S. 52 Anm. 2, gegebenen Beispiele aus der Rechtsprechung.

vertretene Beamtentheorie nicht in Betracht kommen, ganz abgesehen davon, daß es jedem Rechtsgefühl widersprechen würde, wenn man bei der Inanspruchnahme des zuständigen staatlichen Beamten sich einer *culpa in eligendo* sollte schuldig machen können.[22])

Befreit wird der Gerichtsvollzieher durch die gleichzeitige Haftung des Gläubigers nur dann, wenn dem Gerichtsvollzieher bloße Fahrlässigkeit zur Last fällt (§ 839 Abs. 1); in allen übrigen Fällen haften der Gläubiger und der Gerichtsvollzieher nach § 830 B. G. B. nebeneinander und gemäß § 840 B. G. B. als Gesamtschuldner.[23])

Eine besondere Haftung des Gläubigers gegenüber dem Dritten kann nach § 945 C. P. O. eintreten, und zwar ohne daß ein Verschulden des Gläubigers vorzuliegen braucht. Erweist sich nämlich die Anordnung eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung als von Anfang an ungerechtfertigt, oder wird die angeordnete Maßregel auf Grund des § 926 Abs. 2 oder § 942 Abs. 3 C. P. O. aufgehoben, so ist der Gläubiger, wenn er die Anordnung erwirkt hat, verpflichtet, dem Gegner (hier „Dritten") den Schaden zu ersetzen, der ihm aus der Vollziehung der angeordneten Maßregel oder dadurch entsteht, daß er Sicherheit leistet, um die Vollziehung abzuwenden oder die Aufhebung der Maßregel zu erwirken.[24])

Soweit im Einzelfalle bei Entstehung des Schadens ein Verschulden des Dritten mitgewirkt hat, wird gemäß § 254 B. G. B. eine der Größe des beiderseitigen Verschuldens entsprechende Verteilung des Schadens einzutreten haben.[25]) [26])

---

[22]) Vgl. *Seuffert,* § 753 N. 3; *Weismann,* Bd. II S. 81; a. A. die Vertreter der Mandatstheorie, wie z. B. *Petersen-Anger,* § 753 N. 2; *Gaupp-Stein,* § 753 I, A 1; § 755 Nr. 4.

[23]) *Rottmann,* S. 51, 52; *Petersen-Anger,* § 753 N. 2; *Seuffert,* § 755, N. 3.

[24]) Die in § 717 Abs. 2 C. P. O. hinsichtlich der vorläufigen Vollstreckbarkeit gegebene analoge Bestimmung dient nur dem Schutze des Beklagten, nicht des Dritten.

[25]) Über den Einfluß, welchen ein mitwirkendes Verschulden des vom Auftraggeber beauftragten Rechtsanwalts hat, vgl. R. G.-Entscheid. Bd. 55 S. 329.

[26]) Daß dem Dritten eventuell gegen den Gläubiger ein Bereicherungsanspruch zusteht, ist oben (§ 5 b zu Anm. 17, Seite 27) bereits erwähnt.

# II. Die Pflichten des Dritten im allgemeinen.

## § 7.

### 1. Die Rechtskraftwirkung gegen Dritte.

Dem Recht des die Vollstreckung betreibenden Gläubigers auf die Zwangshandlung entspricht eine Zwangsduldungspflicht auf der anderen Seite. Diese Verpflichtung liegt in der Regel nur dem Schuldner, oft aber auch Dritten ob.

Aus dem Wesen des Prozesses, der sich nur zwischen bestimmten Personen abspielt, insbesondere aus dem Grundsatze der Selbstverantwortlichkeit der Parteien folgt, daß die Rechtskraft der Entscheidung sich regelmäßig auf die Prozeßparteien beschränkt.[1]) Von dieser Regel bestehen jedoch eine Reihe von Ausnahmen, in denen das unter den Parteien gefällte Urteil auch für und gegen Dritte wirksam ist.[2]) Die Erstreckung der Rechtskraft auf Dritte gründet sich auf ein materiell- oder prozeßrechtliches Verhältnis des Dritten zu den Parteien (so auf die Repräsentation der Partei durch Dritte[3]) der Rechtsnachfolge[4]), die Notwendigkeit einer einheitlichen Entscheidung[5]) gegenüber mehreren Beteiligten, die Beteiligung dritter am Rechtsstreite[6])) oder auf die rechts-

---

[1]) *Res iudicata ius non facit nisi inter partes.*

[2]) Eine Zusammenstellung der Fälle der Rechtskraftwirkung für und gegen Dritte siehe in den Kommentaren zu § 325 C. P. O. und bei *Falkmann*, § 19 Anm. 3 (S. 173 ff.).

[3]) Z. B. § 327 C. P. O. (das zwischen dem Testamentsvollstrecker und einem Dritten ergehende Urteil wirkt für und gegen die Erben) oder § 1380 B. G. B.

[4]) Z. B. § 325 C. P. O. (Sonderrechtsnachfolge) oder § 326 C. P. O. (Ein Urteil gegenüber dem Vorerben wirkt gegen den Nacherben.)

[5]) Z. B. das von einem Erben erwirkte Urteil betr. die Ausschließung von Nachlaßgläubigern wirkt auch zugunsten des Miterben und des Ehegatten (§§ 997—1001 C. P. O.).

[6]) Z. B. das gegen den benannten Urheber nach Ausscheiden des Benennenden ergangene Urteil wirkt gegen den Benennenden (§ 76 Abs. 4 C. P. O.).

gestaltende Kraft des Urteils.[7]) Die einzelnen Ausnahmen sind durch die Vorschriften der C. P. O.[8]), des B. G. B.[9]) des H. G. B.,[10]) der Konkursordnung[11]) oder anderer Reichsgesetze[12]) aufgestellt worden.

Die Wirksamkeit der Urteile für und gegen Dritte hat aber nicht ohne weiteres zur Folge, daß das Urteil nun auch für und gegen den Dritten vollstreckbar ist.[13]) Vielmehr muß die von der Rechtskraft begrifflich verschiedene Vollstreckbarkeit erst besonders herbeigeführt werden, und zwar gemäß §§ 727 ff. C. P. O. durch Umschreibung der Vollstreckungsklausel auf den Dritten oder, soweit durch das Gesetz eine bloße Umstellung der Klausel nicht gestattet ist, durch Erhebung einer Klage (§ 731 C. P. O.). Anderenfalls ist die erfolgte Vollstreckung[14]) unzulässig und auch Dritten gegenüber unwirksam.[15])

§ 8.

## 2. Die Vollstreckbarkeit gegen Dritte.

### A. Allgemeines.

Die C. P. O. hat aber auch mehrere (z. T. den Fällen der Rechtskraftwirkung gegen Dritte entnommene) Ausnahmen von dem Grundsatze *„res judicata ius non facit nisi inter*

[7]) Z. B. das eine Todeserklärung aufhebende Urteil wirkt für und gegen alle (§ 976 Abs. 3 C. P. O.); Urteile in Rechtsstreitigkeiten betr. die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Eltern- und Kindesverhältnisses.

[8]) Z. B. §§ 325 ff., § 629, § 76 Abs. 4, § 643, § 644, §§ 997 ff., 853—55.

[9]) Z. B. §§ 407 Abs. 2, 1380, 1344, 1405, 1435, 1496.

[10]) Z. B. § 273 (Beschluß einer Generalversammlung der Aktiengesellschaft für nichtig erklärendes Urteil wirkt für und gegen alle Aktionäre), §§ 696, 751, 767 H. G. B.

[11]) § 147 K. O. (Soweit im Konkurse durch Urteil rechtskräftig eine Forderung festgestellt oder ein Widerspruch für begründet erklärt ist, wirkt dies gegen alle Konkurs-Gläubiger.

[12]) § 50 Abs. 5 Genoss.-Ges. wie § 273 H. G. B. (s. Anm. 10), § 111 Abs. 2, § 114 Abs. 2 Genoss.-Ges.

[13]) Die Gesetzessprache bedient sich auch der gegensätzlichen Ausdrücke „wirksam“ und „vollstreckbar“. Vgl. z. B. § 76 Abs. 4 C. P. O. und in alter Fassung § 236 Abs. 3.

[14]) Sowohl der Beginn als die Fortsetzung; s. *Gaupp-Stein*, § 727 I; O. L. G. Dresden in S. Arch. Bd. 43 N. 313.

[15]) Siehe O. L. G. Colmar in Els. Z. Bd. 24, 302.

*partes*" aufgestellt, in denen von vornherein die Vollstreckbarkeit der Schuldtitel[16]) für und gegen andere als die in ihnen benannten Personen wirkt, in denen also ohne besondere Schuldtitel sofort für und gegen Dritte die Vollstreckungsklausel erteilt werden kann.

So gewährt zunächst § 727 C. P. O. die Vollstreckbarkeit für den Rechtsnachfolger des im Urteil bezeichneten Gläubigers sowie gegen denjenigen Rechtsnachfolger des in dem Urteil bezeichneten Schuldners und denjenigen Besitzer der im Streit befangenen Sache, gegen welche das Urteil nach § 325 C. P. O. wirksam ist; nach § 728 C. P. O. soll aus dem Schuldtitel für und gegen den Nacherben vollstreckt werden können, wenn gegenüber dem Vorerben ein nach § 326 C. P. O. dem Nacherben gegenüber wirksames Urteil ergangen ist, sowie für und gegen den Erben, wenn gegenüber einem Testamentsvollstrecker ein nach § 327 C. P. O. dem Erben gegenüber wirksames Urteil ergangen ist (s. oben Anm. 3). Ferner soll gemäß § 729 Abs. 1 C. P. O. die Vollstreckungsklausel sofort erteilt werden können für und gegen denjenigen, der das Vermögen eines anderen durch Vertrag mit diesem nach der rechtskräftigen Feststellung einer Schuld des anderen übernommen hat, sowie nach § 729 Abs. 2 C. P. O. gegen denjenigen, welcher ein unter Lebenden erworbenes Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma fortführt, in Ansehung der Verbindlichkeiten, für welche er nach § 25 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 H. G. B. haftet, sofern sie vor dem Erwerbe des Geschäftes gegen den früheren Inhaber rechtskräftig festgestellt worden sind.

Sonstige Fälle der Vollstreckbarkeit gegen Dritte[17]) finden sich in den Bestimmungen über das eheliche Güterrecht, die Nachlaßverwaltung, den Nießbrauch, die Nacherbschaft, die *nominatio auctoris* u. a. Ebenso kommen

[16]) Als für und gegen Dritte vollstreckbare Titel kommen hier außer den von der C. P. O. zunächst ins Auge gefaßten Urteilen auch sämtliche anderen im § 794 C. P. O. aufgezählten Schuldtitel in Betracht, da § 795 C. P. O. die Vorschriften der §§ 724—93 auf die Schuldtitel des § 794 für entsprechend anwendbar erklärt.

[17]) Vgl. die Zusammenstellung bei *Falkmann*, S. 128, 225 ff.

[18]) Siehe *Falkmann*, § 22 Anm. 3 (S. 225).

die §§ 724—793 C. P. O. zur entsprechenden Anwendung bei den Schuldtiteln der Konkursordnung (Tabelleneintragungen, Zwangsvergleich, §§ 164, 194 K. O.), beim Zuschlag nach §§ 93, 132 Zwangsversteigerungsgesetzes, bei Entscheidungen der Gewerbegerichte u. a. m.[18])

Meistens wird der vorhandene normale, nunmehr mit der Vollstreckungsklausel versehene Schuldtitel zur Vollstreckung gegen den Dritten erforderlich und ausreichend sein. Aber in den von der Novelle neu eingefügten §§ 735—49 ist noch besonders vorgeschrieben, wie der Titel in einzelnen Fällen, in denen ein Vermögen mehreren gehört, dem Nutzungsrechte eines Dritten unterliegt oder von diesem kraft Amtes verwaltet wird, beschaffen sein muß.

Nach diesen Bestimmungen braucht zunächst in einigen Fällen das Recht des Dritten weder im Titel noch in der Klausel berücksichtigt zu werden[19]): So genügt nach § 735 C. P. O. zur Zwangsvollstreckung in das Vermögen eines nicht rechtsfähigen Vereins ein gegen den Verein ergangenes Urteil, nach § 746 C. P. O. zur Vollstreckung in das der elterlichen Nutznießung unterliegende Vermögen des Kindes ein gegen das Kind ergangenes Urteil und nach § 740 C. P. O. beim Güterstande der allgemeinen Gütergemeinschaft, der Errungenschaftsgemeinschaft oder der Fahrnisgemeinschaft zur Vollstreckung ins Gesamtgut ein gegen den Ehemann ergangenes Urteil. Betreibt die Ehefrau selbständig und ohne Widerspruch des Ehemannes ein Erwerbsgeschäft, so ist zur Zwangsvollstreckung ins eingebrachte Gut und in das Gesamtgut ein gegen die Ehefrau ergangenes Urteil genügend (§ 741 C. P. O.).[20]) Endlich reicht zur Vollstreckung in einen der Verwaltung eines Testamentsvollstreckers unterliegenden Nachlaß ein gegen den Testamentsvollstrecker ergangenes Urteil

---

[19]) Es handelt sich hier also um eine Erstreckung der Vollstreckbarkeit gegen „Dritte“ in dem für die Zwangsvollstreckung angenommenen Sinne (s. oben § 1, Seite 11).

[20]) § 741 a. E.: Falls zur Zeit des Eintritts der Rechtshängigkeit weder der Einspruch des Ehemanns gegen den Betrieb des Erwerbsgeschäfts noch der Widerruf seiner Einwilligung zu dem Betriebe im Güterrechtsregister eingetragen war.

aus (§ 748 Abs. 1). Die §§ 735, 746, 740, 741, 748 C. P. O. erklären also die Berücksichtigung des Anteilsrechts des Vereinsmitgliedes bezw. das Recht des Vaters am Kindesvermögen bezw. der gütergemeinschaftlichen Ehefrau bezw. des Ehemannes einer Gewerbefrau bezw. der Erben für entbehrlich.[21])

Umgekehrt dagegen setzt die Vollstreckung in das Vermögen einer nach § 705 B. G. B. eingegangenen Gesellschaft bezw. die vor der Teilung erfolgende Vollstreckung in einen mehreren Erben zustehenden Nachlaß ein gegen alle Gesellschafter bezw. alle Erben ergangenes Urteil voraus (§§ 736, 747 C. P. O.). Gleichfalls berücksichtigt werden müssen in den Fällen der §§ 737, 739, 743 und 748 Abs. 2 die Rechte des Nießbrauchers, des Ehegatten und des Erben. Bei dem Nießbrauch an einem Vermögen ist nämlich wegen der vor der Bestellung des Nießbrauches entstandenen Verbindlichkeiten des Bestellers die Vollstreckung in, dem Nießbrauche unterliegende Gegenstände nur zulässig, wenn neben der Verurteilung des Bestellers zur Leistung der Nießbraucher zur Duldung[22]) der Zwangsvollstreckung verurteilt ist (§ 737 Abs. 1 C. P. O.). Ebenso darf bei dem Güterstande der Verwaltung und Nutznießung, der Errungenschaftsgemeinschaft oder der Fahrnisgemeinschaft in das eingebrachte Gut der Ehefrau nur vollstreckt werden, wenn die Ehefrau zur Leistung und der Ehemann zur Duldung[22]) verurteilt ist (§ 739). Einer

[21]) Darüber, daß der Dritte deshalb nicht zum Vollstreckungsschuldner wird, s. unten § 8 b, Seite 46.

[22]) Über die rechtliche Natur der Duldungspflicht herrscht lebhafter Streit, besonders hinsichtlich des Ehemannes (§§ 739, 741). Für eine privatrechtliche Auffassung der Duldungspflicht des Mannes: *Jolly,* civ. Arch. 93 S. 433 ff: „Die Pflicht im Sinne von § 809 C. P. O. herausgabebereit zu sein und dem Wegnahmerecht der Gläubiger schweigend zuzusehen"; *Walsmann,* Rostocker rechtsw. Stud., II. Bd. 6. Heft, bes. S. 21; *Wendt,* civ. Arch. 92 S. 22; *Hellwig,* Anspruch und Klagrecht S. 318 ff. (Der Mann schulde ebenfalls, aber nicht wie nach § 1388 B. G. B. persönlich und mit seinem ganzen Vermögen, hafte also beschränkt mit dem Eingebrachten); ähnlich *Seuffert,* § 739 N. 2 ad. b/*α*: Anspruch auf Duldung ist Anspruch auf Leistung mit beschränkter Haftung. Einen öffentlichrechtlichen Charakter legt *du Chesne* a. a. O. der Duldungspflicht bei (sie sei eine Erweiterung der öffentlichrechtl. Vollstreckungsduldungspflicht der Frau, eine Erweiterung der Vollstreckungsklausel;

doppelten Verurteilung (des Erben zur Leistung und des Testamentsvollstreckers zur Duldung) bedarf es auch, wenn einem Testamentsvollstrecker nur die Verwaltung einzelner Nachlaßgegenstände zusteht und in diese vollstreckt werden soll (§ 748 Abs. 2 C. P. O.). Endlich ist nach Beendigung der allgemeinen Gütergemeinschaft, der Errungenschaftsgemeinschaft oder der Fahrnisgemeinschaft, bevor die Auseinandersetzung erfolgt ist, die Zwangsvollstreckung in das Gesamtgut nur zulässig, wenn beide Ehegatten zur Leistung oder der eine zur Leistung und der andere zur Duldung[22]) der Zwangsvollstreckung verurteilt ist (§ 743 C. P. O.).

Einer Verurteilung des Dritten, die Vollstreckung zu dulden, bedarf es dann nicht, wenn er sich in einer exekutorischen Urkunde der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat (§ 794 N. 5, Abs. 2 C. P. O.).

Liegt solche Urkunde oder ein anderer Titel oder eine umgeschriebene Vollstreckungsklausel gegen einen Dritten auf Leistung oder Duldung der Zwangsvollstreckung vor, so wird der Dritte dadurch zum Vollstreckungsschuldner und hat als solcher dann alle — uns hier nicht weiter interessierenden — für den Vollstreckungsschuldner aufgestellten Pflichten, insbesondere auch die Pflicht zur Leistung des Offenbarungseides (§§ 807, 899 ff. C. P. O.). Auch der strafrechtliche Schutz, unter dem die Zwangsvollstreckung steht (§§ 113, 136, 137, 288 St. G. B.), tritt dann gegenüber dem Dritten in Wirksamkeit.

### b) Vollstreckung wegen Geldforderungen.

#### *α.* Vollstreckung in körperliche Sachen.

Sind aber die Voraussetzungen für eine Vollstreckung gegen einen Dritten nicht gegeben, so ist er nach § 809 C. P. O.

---

der Mann werde verurteilt „mitzudulden“. Für eine Feststellungsklage hält *Geib*, civ. Arch 94 S. 317 ff., bes. 328 ff., die Klage auf Verurteilung zur Duldung, nämlich gerichtet auf die richterl. Feststellung der Frauenschuld dem Manne gegenüber als einer solchen, für welche der Gläubiger ohne Rücksicht auf die Rechte des Mannes Befriedigung aus dem Eingebrachten verlangen kann. Weitere Literaturnachweise s. bei *Walsmann* a. a. O.

berechtigt, die bei der Vollstreckung wegen Geldforderungen von ihm geforderte Herausgabe der in seinem Besitze befindlichen Sachen des Schuldners zu verweigern, wenn auch eine materiellrechtliche Verpflichtung vorliegt; macht der Dritte von diesem Rechte Gebrauch, so darf der Gerichtsvollzieher die Sachen nicht pfänden; die trotz des Widerspruchs des Dritten erfolgte Pfändung ist unwirksam. Das Recht aus § 809, die Herausgabe zu verweigern, steht dem Dritten auch in den Fällen der §§ 735, 740, 741, 746, 748 Abs. 1 C. P. O.[24]) zu, wo die Vollstreckung trotz des entgegenstehenden Rechts des Dritten ohne Verurteilung des Dritten und ohne eine gegen ihn vorliegende Klausel erfolgen kann; denn hierdurch wird der Dritte keineswegs zum Schuldner im Sinne des § 808 C. P. O.[25]) Deshalb kann z. B. der Gläubiger auf Grund eines gegen den Ehemann nach § 740 C. P. O. erlassenen Urteils solche zum Gesamtgut gehörigen Sachen, die sich im Gewahrsam der Frau befinden, nur pfänden, wenn die Frau zur Herausgabe bereit ist,[26]) oder wenn der Gläubiger auch eine gegen die Frau gerichtete Vollstreckungsklausel erwirkt hat. Werden ohne Bereitwilligkeit der Frau zur Herausgabe und ohne gegen die Frau vorliegende Klausel Sachen gepfändet, die sich im Besitze der Frau befinden, so kann die Frau sowohl nach § 766 als auch nach § 771 C. P. O. gegen den Gläubiger vorgehen.

Auf das Recht, die Herausgabe nach § 809 C. P. O. zu verweigern, kann der Dritte ausdrücklich oder still-

---

[24]) Siehe Seite 43, 44 oben.

[25]) So *Seuffert*, § 740 N. 5 b; *Gaupp-Stein*, Vorbem. II vor § 735; *Struckmann-Koch*, § 740 N. 1; *Petersen-Anger*, § 740 N. 2; *Planck*, B. G. B. § 1459 N. 5 a und in D. J. Z. Bd. 5 S. 77 ff., 246 ff.; *Staudinger*, B. G. B. § 1459 N. 5 a; *Seuffert* bei *Gruchot*, Bd. 43 S. 144; *Endemann*, bürgerl. R., Bd. II § 185; *Hellwig*, Anspruch S. 338; Motive z. 1. E. eines B. G. B. Bd. IV S. 369; a. A.: die preuß. Gesch.-Anw. f. G.-V. §§ 43 N. 2 c, 63; Anonymus im preuß. J. M. Bl. 1900 S. 22 ff., *Falkmann* in D. J. Z. V S. 175 ff., 356 ff.; *Leske*, Vergleichende Darstellung des B. G. B. und Allg. L. R. S. 742 N. 2; Kammerger. in O. L. G. Bd. 5 S. 329; *Staub*, H. G. B. Bd. 1 S. 35, N. 97.

[26]) Vgl. die in Anm. 25 Citierten, bes. *Seuffert*, § 740, N. 5 b.

schweigend [27]) verzichten; eventuell wird er sich aber durch diesen Verzicht dem Schuldner gegenüber haftbar machen, und zwar bestimmt sich die Haftung nach dem civilrechtlichen Verhältnis, auf Grund dessen der Dritte den Gewahrsam hatte. [28])

Kann wegen des nach § 809 C. P. O. erhobenen Widerspruchs des Dritten die Pfändung nicht erfolgen, so kann der Gläubiger nur nach den Vorschriften der §§ 846 ff. in den dem Schuldner gegen den Dritten zustehenden Anspruch auf Herausgabe vollstrecken. [29])

Ebensowenig ist bei der Anschlußpfändung (§ 826) von Sachen, die sich im Gewahrsam des Dritten befinden, gegen diesen ein unmittelbarer Zwang zulässig, wenn er nicht herausgeben will. [30])

Wann der Schuldner oder ein Dritter den Gewahrsam hat, kann im Einzelfalle oft zweifelhaft sein. [31]) Ist aber der Gewahrsam beim Schuldner verblieben, obwohl der zu pfändende Gegenstand sich in der Wohnung oder den Geschäftsräumen eines Dritten [32]) befindet, so darf der Gerichtsvollzieher auch gegen den Willen des Dritten die fremden Räume betreten und die Sachen pfänden. [33])

---

[27]) Z. B. durch widerspruchslose Unterschrift des Pfändungsprotokolls, O. L. G. Jena in Bl. f. Rpfl. Bd. 45, S. 257 ff.; bayr. ob. L. G. in Bl. f. R. A. Bd. 50 S. 423 ff.

[28]) Siehe *Gaupp-Stein*, § 809 II; *Petersen-Anger*, § 809 I 2.

[29]) Vgl. z. B. *Gaupp-Stein*, § 809 III; *Petersen-Anger*, § 809 I 2; Der Dritte kann auch nach § 845 C. P. O. dem Dritten die Pfändung ankündigen.

[30]) Es sei denn, daß der Ausnahmefall des § 76 Abs. 4 C. P. O. vorliegt; Vgl. *Gaupp-Stein*, § 826 II; *Petersen-Anger*, § 826 2, R. G. Bd. 35 S. 339; L. G. Dresden im Sächs. Archiv Bd. 5 S. 701; *Gaupp-Stein*, § 886 I; *Petersen-Anger*, § 886 N. 1.

[31]) Siehe darüber die Kommentare zu § 808 C. P. O.

[32]) So behalten z. B. Arbeiter, Dienstboten etc. regelmäßig den Gewahrsam an Sachen, die sie in die Fabrikräume bezw. Wohnungen der Dienstberechtigten eingebracht haben.

[33]) So auch *Falkmann* in Z. f. G.-V. Bd. III S. 182; *Gaupp-Stein*, § 808 II 6; O. L. G. München in Bl. f. R. A. Bd. 54 S. 44; O. L. G. Dresden in Z. f. G.-V. Bd. 3 S. 146; *Petersen-Anger*, § 808 N. 2c; A. M. für Preußen das Kammerger., Strafsenat in Z. f. G.-V. Bd. 3 S. 185.

### β. Vollstreckung in Forderungen und andere Vermögensrechte.

Der die Pfändung einer Forderung aussprechende Beschluß[34]) verbietet dem Drittschuldner, d. i. dem Schuldner der zu pfändenden Forderung an den Vollstreckungsschuldner zu zahlen (§ 829 Abs. 1 C. P. O.), so daß der Drittschuldner sich nicht mehr mit Wirksamkeit gegenüber dem Vollstreckungsgläubiger durch Zahlung an den Schuldner befreien kann.

Sodann ist der Drittschuldner nach § 840 C. P. O. auf Verlangen des Gläubigers verpflichtet, binnen zwei Wochen von der Zustellung des Pfändungsbeschlusses an gerechnet, folgende auf die Forderung bezügliche Erklärungen abzugeben:

1. ob und inwieweit er die Forderung als begründet anerkenne und Zahlung zu leisten bereit sei;[36])
2. ob und welche Ansprüche andere Personen an die Forderung machen;
3. ob und wegen welcher Ansprüche die Forderung bereits für andere Gläubiger gepfändet sei.

---

Mit Recht bemerkt u. E. aber *Seuffert*, § 808 N. 2 *a*, daß die K.-G.-Entscheidung zu Unrecht ergangen sei, da das Ges. zum Schutze der persönl. Freiheit vom 15. II. 1850 (G. S. S. 44), auf dessen § 7 die Entscheidung sich stützt, das Eindringen in die Wohnung wider den Willen des Inhabers „auf Grund einer aus amtlicher Eigenschaft folgenden Befugnis" gestatte. *Falkmann* (Zw. V., 2. Aufl. S. 300, 301), will jetzt aus den Umständen des einzelnen Falles entschieden wissen, ob der Gerichtsvollzieher zum Betreten fremder Räume berechtigt sei.

[34]) Zur Pfändung von Geldforderungen bedarf es eines Beschlusses bei Wechseln und anderen indossabelen Papieren nicht (§ 831).

[35]) Siehe über die Erklärungspflicht des Drittschuldners besonders *Förster* im civ. Arch. Bd. 75 S. 140 ff.

[36]) Dieser Erklärung des Drittschuldners ist nicht nur die Bedeutung einer unverbindlichen Auskunft beizumessen [So *Weismann*, Bd. II S. 147. *Petersen-Anger*, § 840 N. 5; O. L. G. Celle in S. A. Bd. 52 N. 65, O. L. G. Dresden in Sächs. Ann. Bd. 7 S. 73], sondern die Erklärung ist als bindende Willenserklärung, vertragsmäßiges Schuldanerkenntnis im Sinne von B. G. B. § 781 aufzufassen. So auch *Gaupp-Stein*, § 840 III; *v. Wilmowski-Levy*, § 739 (alt) N. 2; *Struckmann-Koch*, § 840 N. 3; R. G. v. 24. I. 1892 in R. G. Bd. 29 N. 87, S. 237 ff. und v. 15. VI. 98 in R. G. Bd. 41 S. 419 ff.

Diese Erklärungen können von dem Drittschuldner bei Zustellung des Pfändungsbeschlusses oder innerhalb einer Frist von zwei Wochen an den Gerichtsvollzieher abgegeben werden und sind im ersteren Falle in die Zustellungsurkunde aufzunehmen und vom Drittschuldner zu unterschreiben (§ 840 Abs. 3 B. G. B.). Für den wegen Nichterfüllung dieser Verpflichtung dem pfändenden Gläubiger entstehenden Schaden, insbesondere für die Kosten eines angestrengten Prozesses und den Verlust anderer Exekutionsmittel ist der Drittschuldner verantwortlich (§ 840 Abs. 2 S. 2). Der Drittschuldner ist aber trotz erfolgter Pfändung der Forderung nicht nur auf Verlangen des Gläubigers, sondern auch auf Verlangen des Schuldners verpflichtet, für beide den Schuldbetrag zu hinterlegen oder an beide zu leisten (§ 1281 B. G. B.).[37])

Ist der gepfändete Anspruch auf Herausgabe einer beweglichen Sache gerichtet und die Beschlagnahme vom Vollstreckungsgericht nach § 829 Abs. 1 C. P. O. beschlossen, so hat der Drittschuldner auf die nach § 847 C. P. O. erlassene Anordnung die Sache an einen vom Gläubiger zu beauftragenden Gerichtsvollzieher herauszugeben. Kommt der Drittschuldner der gerichtlichen Anordnung nicht nach, so darf der Gerichtsvollzieher nicht gegen den Willen des Drittschuldners die Sachen wegnehmen; vielmehr muß der Gläubiger sich den Anspruch nach § 835 C. P. O. zur Einziehung überweisen lassen und gegen den Drittschuldner auf Ablieferung an den Gerichtsvollzieher klagen; dies Urteil wird dann nach den Vorschriften über die Vollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe von Sachen (§§ 883 ff. C. P. O.) vollstreckt.[38])

Wird dieselbe Forderung zugunsten mehrerer Gläubiger gepfändet, so kommen — ausgenommen die Pfändung von Forderungen aus Wechseln und anderen indossabeln Papieren — die Vorschriften der §§ 853—55 C. P. O. zur Anwendung. Hiernach ist der Drittschuldner, falls eine Geldforderung

[37]) Darüber, daß auch der Gläubiger hier Drittschuldner sein kann und sich selbst den Pfändungsbeschluß zustellen lassen muß, s. *Gaupp-Stein*, § 829 V und die dort in Anm. 75 Citierten.

[38]) Vgl. die preuß. Gesch.-Anw. für G.-V. § 77.

mehrfach gepfändet wird, berechtigt und auf Verlangen eines Gläubigers, welchem die Forderung überwiesen wurde, verpflichtet, unter Anzeige der Sachlage und unter Aushändigung der ihm zugestellten Beschlüsse an das Amtsgericht, dessen Beschluß ihm zuerst zugestellt ist, den Schuldbetrag zu hinterlegen (§ 853 C. P. O.). Handelt es sich um die Pfändung eines Anspruchs, welcher eine bewegliche körperliche bezw. eine unbewegliche Sache betrifft, so besteht für den Drittschuldner eine analoge Verpflichtung dahin, die bewegliche Sache an einen Gerichtsvollzieher (§ 854 C. P. O.) bezw. die unbewegliche an einen Sequester (§ 855 C. P. O.) herauszugeben. Unterläßt der Drittschuldner die ihm nach §§ 853—55 obliegende Hinterlegung bezw. Herausgabe, so kann jeder Überweisungsgläubiger gegen den Drittschuldner auf Erfüllung dieser Verpflichtungen klagen (§ 856 Abs. 1 C. P. O.). Geschieht dieses, so hat der Drittschuldner diejenigen Gläubiger, welche die Klage nicht erhoben und sich der Klage auch nicht angeschlossen haben, zum Termin zur mündlichen Verhandlung zu laden (§ 856 Abs. 3), und zwar nach den für die Parteiladung geltenden [39]) allgemeinen Bestimmungen.

Die Zwangsvollstreckung in „andere Vermögensrechte" (§§ 857—63 C. P. O.), welche also weder zu den körperlichen Sachen (§§ 808 ff.), noch zu den Geldforderungen (§§ 829 ff.), noch zu den Ansprüchen auf Herausgabe oder Leistung körperlicher Sachen (§§ 846 ff.) gehören, erfolgt nach § 857 in entsprechender Anwendung der §§ 828 ff. Kommt demnach hier ein Dritter in Betracht, von dessen Leistung oder Duldung die Ausübung eines Rechtes abhängt, so hat er die Rechte und Pflichten eines Drittschuldners. [40])

### C. Vollstreckung wegen Herausgabeansprüche.

Während bei der Vollstreckung von Ansprüchen, welche die Leistung einer Geldsumme zum Gegenstande haben, die zum Zwecke der Pfändung geforderte Herausgabe der im Gewahrsame Dritter befindlichen Sachen des Schuldners nach

[39]) Siehe *Gaupp-Stein*, § 856 II.

[40]) So auch *Gaupp-Stein*, § 857 III.

den Vorschriften der §§ 846 ff. zu erwirken ist (s. Seite 47), bestimmt sich die Herausgabepflicht des Dritten bei der Vollstreckung von Ansprüchen, welche direkt die Herausgabe von Sachen zum Gegenstande haben, nach § 886 C. P. O. Gemäß dieser Vorschrift ist dem Gläubiger auf seinen Antrag, wenn sich die herauszugebende Sache im Gewahrsame eines Dritten befindet, der Anspruch des Schuldners auf Herausgabe nach den Vorschriften zu überweisen, welche die Pfändung und Überweisung einer Geldforderung betreffen. Es muß also der Anspruch des Schuldners auf Herausgabe für den Gläubiger nach § 829 C. P. O. gepfändet und nach § 835 C. P. O. zur Einziehung überwiesen werden. Die Sache ist dann, da nur die für die Pfändung von Geldforderungen geltenden §§ 828 ff., 837—45 (nicht etwa §§ 847, 848)[41] hier Anwendung finden sollen, dem Gläubiger persönlich (nicht einem Gerichtsvollzieher, § 847 oder Sequester, 848) herauszugeben. Die Bestimmung des § 886 C. P. O. greift aber, wie sich aus ihren Worten „eine herauszugebende Sache" ergibt, nur dann Platz, wenn der Anspruch auf eine bestimmte bewegliche oder unbewegliche Sache[42] gerichtet ist (§§ 883, 885 C. P. O.), dagegen nicht, wenn eine bestimmte Quantität bloß vertretbarer Sachen geleistet werden soll (§ 884 C. P. O.)[43]

### 3. Die Kostenpflicht.

Erweist sich die Verweigerung der Herausgabe seitens des Dritten als unberechtigt, so hat dieser die zur Beseitigung seines Widerspruchs aufgewandten Kosten zu tragen. Den Dritten trifft überhaupt die Kostenpflicht, abgesehen von besonderen Vorschriften,[44] nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 91 ff. C. P. O. überall da, wo durch sein schuldhaftes

---

[41] Vgl. die Kommentare zu § 886, bes. *Gaupp-Stein*, § 886 N. I.

[42] Auch Überlassung und Räumung einer bestimmten unbeweglichen Sache gehört hierher; s. R. G. Bd. 10 S. 176 und Bd. 22 S. 256.

[43] R. G. Bd. 18 S. 436 und J. W. 1887 S. 94 (R. G. v. 28. I. 1887).

[44] Z. B. C. P. O. §§ 788, 803, 818 und die Vorschriften des Gerichtskostengesetzes und der Gebührenordnung für Gerichtsvollzieher.

Verhalten, seine unberechtigten Anträge u. a. Kosten [45]) bzw. Mehrkosten oder Gebühren [46]) entstanden sind.

## III. Insbesondere die Auskunftspflicht des Dritten.

### § 9.

### 1. Auskunftsverweigerung steht evtl. der Erteilung falscher Auskunft gleich.

Nach dem Überblick über die Rechte und Pflichten des Dritten im allgemeinen gelangen wir zu der speziellen Frage, ob der Dritte bei der Mobiliarzwangsvollstreckung, (insbesondere dem pfändenden Gerichtsvollzieher gegenüber) verpflichtet ist, Auskunft [1]) zu erteilen, und ob der Dritte auf Grund der Erteilung bezw. Verweigerung einer Auskunft zivil- und strafrechtlich haftbar werden kann.

Besteht eine solche Verpflichtung, so kann sie nicht nur durch Erteilung falscher Auskunft, sondern auch durch bloße Verweigerung einer Auskunft verletzt werden. Denn daß eine Unterlassung dieselbe Rechtsverletzung herbeiführen kann wie ein positives Handeln, wird für das geltende Civilrecht [2]) nicht mehr bestritten. Auch für das Straf-

[45]) So fallen z. B. dem Dritten die Kosten zur Last, die durch eine erfolglos gebliebene oder durch den Gegner nicht „veranlaßte“ Geltendmachung von Rechtsbehelfen entstanden sind (§§ 92, 97, 93 C. P. O.).

[46]) Z. B. hat der Dritte die Gebühren für die von ihm erbetenen Abschriften aus den Akten des Gerichtsvollziehers zu tragen.

[1]) Das Wort „Auskunft“ gebrauchen wir hier nicht als technische Bezeichnung, sondern verstehen darunter ganz allgemein jedwede Aufklärung, die zum Zwecke der Information (z. B. über die Identität oder die Beschaffenheit von Gegenständen, über das Bestehen eines Rechtsverhältnisses u. a.) verlangt wird.

[2]) Vgl. *Dernburg,* Schuldverhältnisse § 303 III, Abs. 6 S. 617; *Landsberg,* die Kommissivdelikte durch Unterlassung; *Rümelin* im civ. Arch. 90 S. 319 ff.; *Träger,* Kausalbegriff S. 61 ff.; *Zitelmann,* S. 160 ff.; *Wendt* im civ. Arch. 92 S. 128; Mot. zum Entw. II S. 727: „Die widerrechtliche Handlung kann sowohl in einem Tun als in einem Unterlassen bestehen.“

recht[3]) wird diese Frage nach langem Streit jetzt von der herrschenden Lehre bejaht. Die von der Wissenschaft gegebene Begründung der Gleichstellung von Unterlassung und Handlung fällt allerdings im einzelnen sehr verschieden[4]) aus. Aber uns kommt es weniger auf den terminologischen Streit über die verursachende Bedeutung der Unterlassung an. Mehr Interesse hat für uns die praktische Frage, wann eine Unterlassung als Ursache eines Ereignisses anzusehen ist, wann also zwischen der Unterlassung und dem eingetretenen Erfolge ein Kausalzusammenhang besteht. Die Entscheidung ist, wie besonders Träger mit Recht hervorhebt, bei richtiger Fragestellung leichter zu treffen. Es ist nämlich nicht zu fragen „Hat die Unterlassung den Erfolg verursacht?", sondern „Hätte ein Handeln gewisser Art den Eintritt des Erfolges verhindert?" [5])

Abgesehen von der verursachenden Wirkung ist aber die Unterlassung nur dann rechtlich relevant, wenn für den Unterlassenden eine Verpflichtung zum Handeln bestand.[6]) Dieses kann zunächst von der Rechtsordnung, sei es ausdrücklich, sei es stillschweigend, geboten sein (z. B. die aus einem Amt entstehenden Pflichten, die gesetzlichen Unterhaltspflichten, Vertragspflichten, § 221 St. G. B. u. a.). Ebenso kann aber auch durch ein vorangegangenes Tun der Unter-

[3]) *v. Liszt,* Lehrbuch § 30 und dort S. 138 ff. Citierte; *Liepmann,* S. 77.

[4]) So soll die Unterlassung nach *Landsberg,* S. 92 ff., dieselbe kausale Wirkung haben wie ein positives Tun, nach *Zitelmann,* S. 161/2, dagegen nicht „Ursache im philosophischen Sinne, sondern nur in erweitertem Sinne sein". *Rümelin* a. a. O. schließt sich der Auslegung *Zitelmanns* an; *Träger* sieht die Unterlassung als in keiner Weise kausal an, sondern will sie nur als dem Tun gleichwertig angesehen wissen. Letzterer Ansicht dürfte u. E. beizutreten sein.

Für das Strafrecht siehe weitere Literatur bei *v. Liszt* vor § 30 und § 30 N. III.

[5]) *Träger,* S. 72; ähnlich *v. Liszt,* § 30 a. E. „Wann steht die Nichthinderung des Erfolges der Verursachung des Erfolges gleich?"; *Zitelmann,* Grundriß S. 161 („würde ein „entsprechendes Handeln" das Gegenteil bewirkt haben?"); *Rümelin* im civ. Arch. 90 S. 320.

[6]) So die herrschende civil- und strafrechtliche Lehre. Vgl. die in Anm. 2 und 3 Citierten.

lassende die Verpflichtung zum Handeln hervorgerufen haben, ohne daß eine formal-juristische Verpflichtung begründet ist;[7]) in Fällen der letzteren Art besteht eben eine „rechtlich begründete Erwartung des Tuns“.[8]) Dagegen braucht die Unterlassung nicht immer schuldhaft zu sein; wo schuldloses Tun verantwortlich macht, wird auch schuldloses Unterlassen genügen müssen.

§ 10.

## 2. Eine allgemeine Auskunftspflicht besteht für den Dritten nicht.

Die Verpflichtung zur Auskunftserteilung könnte zunächst auf einer ausdrücklichen Bestimmung beruhen, welche jedem Dritten bei der Zwangsvollstreckung zwecks deren Erleichterung eine allgemeine Auskunftspflicht auferlegte. Solche Vorschrift ist aber im geltenden Zivil- und Prozeßrecht nicht enthalten. Der Gerichtsvollzieher ist zwar verpflichtet, sich über die dem Schuldner gehörige bewegliche Habe zu vergewissern;[1]) dieser Erkundigungspflicht des Gerichtsvollziehers entspricht jedoch keine Pflicht der angetroffenen Personen, dem Gerichtsvollzieher oder dem Gläubiger Auskunft zu erteilen. Nicht einmal der Schuldner selbst ist verpflichtet, dem betreibenden Gläubiger die Vollstreckung durch Aufklärungen zu erleichtern. Der Schuldner und evtl. auch Dritte haben lediglich die Pflicht, die Anwendung der staatlichen Zwangsgewalt zu dulden. Aus dieser Duldungspflicht läßt sich eine allgemeine Auskunftspflicht nicht herleiten. Ebensowenig aus der Beamteneigenschaft des Gerichtsvollziehers; denn auch den Beamten gegenüber ist nicht ohne weiteres jeder auskunftspflichtig, sondern nur in den vom Gesetz besonders vor-

[7]) Vgl. *Rümelin* im civ. Arch. 90 S. 319 ff.; *v. Liszt*, § 30 II und dort Cit. *Dernburg*, Schuldverhältnisse § 383 III; *Liepmann*, S. 77/78; *Träger*, § 11, S. 61 ff.; *v. Liszt*, Deliktsobligationen S. 72.

[8]) So *Rümelin*, civ. Arch. 90 S. 338 a. E.

[1]) So schreibt § 57 der preuß. Gesch.-Anw. für G.-V. vor, der Gerichtsvollzieher habe nach erfolgloser Aufforderung zur Leistung den Schuldner oder eine sonst in der Wohnung angetroffene, zur Familie des Schuldners gehörige oder in der Familie dienende erwachsene Person anzuweisen, ihm die bewegliche Habe des Schuldners vorzuzeigen.

gesehenen Fällen (z. B. bei der Vernehmung des Dritten als Zeugen etc.)

Durch besondere Vorschriften sind zwar dem Schuldner bezw. Dritten gewisse einzelne Pflichten zwecks Erleichterung der Vollstreckung auferlegt. So ist z. B. der Schuldner verpflichtet, die zur Geltendmachung einer gepfändeten Forderung erforderliche Auskunft zu erteilen (§ 836, Abs. 3, C. P. O.), und der Drittschuldner, die im § 840 C. P. O. vorgesehenen Erklärungen abzugeben. Jedoch diese und ähnliche Bestimmungen sind singuläre Vorschriften, die eine analoge Anwendung oder eine Verallgemeinerung nicht zulassen. Dasselbe gilt von den zahlreichen Vorschriften des B. G. B., in denen eine Auskunftspflicht aufgestellt ist.[2][3]

Endlich ist auch ein allgemein gültiges „Recht auf Wahrheit", auf Grund dessen dann auch Dritte bei der Zwangsvollstreckung auskunftspflichtig wären, von unserer Rechtsordnung nicht anerkannt.[4]

Sonach ist jeder Dritte nicht schlechtweg auskunftspflichtig,[5] sondern nur in den besonderen Fällen, wo eine solche Verpflichtung ihm ausdrücklich auferlegt ist.

## § 11.

### 3. Die civilrechtliche Verantwortlichkeit des Dritten.

Die Verpflichtung zum Schadensersatze kann auf der Verletzung einer zwischen den Beteiligten bereits bestehenden

---

[2]) Das Reichsgericht, Entsch. v. 6. IV. 1903 in D. J. Z. 1903 S. 273, N. 55, hat z. B. ausgesprochen, daß im Konkurse des Mannes eine Verpflichtung der Frau, ein Verzeichnis der in ihrem Besitz befindlichen beweglichen Sachen dem Verwalter vorzulegen, nicht besteht.

[3]) Über die Auskunftspflichten des B. G. B. vgl. die gleichnamige Dissertation von *Hübner*, Rostock 1904. Z. B. ist nach § 1374 B. G. B. der Mann bei dem gesetzlichen Güterrecht verpflichtet, über den Stand der Verwaltung der Frau auf Verlangen Auskunft zu erteilen. Diese Auskunftspflicht besteht aber dem Gläubiger gegenüber nur, wenn dieser die Rechte der Frau übertragen erhalten hat. Vgl. *Jolly*, a. a. O. S. 456 ff.

[4]) Vgl. R. G. Bd. 20 S. 190; Bd. 23 S. 137.

[5]) So besteht z. B. für die Ehefrau keine Pflicht, dem gegen den Mann pfändenden Gerichtsvollzieher über die Habe des Mannes Auskunft zu erteilen.

Rechtsbeziehung (Schuldverhältnis, Anspruch u. a.) oder auf einem selbständigen unberechtigten Eingriff in den fremden Rechtskreis, einer unerlaubten Handlung, beruhen. Es ist auch möglich, daß dieselbe Handlung sowohl eine zwischen dem Beschädigten und dem Urheber des Schadens oder einem Dritten bestehende Rechtspflicht verletzt als auch den Tatbestand einer „unerlaubten Handlung" ausfüllt.[1])

Deshalb ist im Einzelfalle zunächst zu untersuchen, ob ein, hier verletztes Rechtsverhältnis zwischen dem Dritten und dem Gläubiger besteht. Dies wird in der Regel nicht der Fall sein. Höchstens wäre denkbar, daß durch die Erteilung einer Auskunft ein Vertragsverhältnis zwischen dem Gläubiger und dem Dritten begründet würde, nämlich ein auf Ratserteilung oder Garantieübernahme beruhendes Vertragsverhältnis. Diese Verträge können zwar stillschweigend geschlossen werden; jedoch besteht eine gesetzliche Vermutung für ihren Abschluß nicht. Es muß vielmehr der Wille der Beteiligten klar zutage treten, daß bestimmte rechtliche Beziehungen unter ihnen begründet sein sollen. Solche Absicht wird aber wohl kaum bei dem Dritten oder dem Gerichtsvollzieher angenommen werden können. Dem Dritten wird nichts ferner liegen, als durch einen Vertrag der erwähnten Art ausdrücklich die Verantwortlichkeit für die Befolgung der von ihm erteilten — event. gar noch wissentlich falschen — Auskunft zu übernehmen. Ebenso ist nicht zu vermuten, daß der Gerichtsvollzieher, der nur die Pfändung durchzuführen hat, durch Abschluß eines Vertrages sich binden will.

Steht somit der Dritte für den uns allein beschäftigenden Regelfall nicht in einem Vertragsverhältnis zum Gläubiger, so kann es sich für den Dritten nur um eine außervertragliche, auf einer unerlaubten Handlung beruhenden Ersatzpflicht handeln.[2])

---

[1]) Wenn z. B. der Verwahrer oder Mieter, die schon an sich zur sorgfältigen Behandlung der verwahrten bezw. gemieteten Sache verpflichtet sind, die Sache vorsätzlich zerstören.

[2]) Nimmt man eine vertragliche Ratserteilung an, so gelten die Bestimmungen über „unerlaubte Handlungen" gemäß § 676 B. G. B.

Von den im 25. Titel des II. Buchs B. G. B. aufgestellten Deliktstatbeständen können hier nur die der §§ 823 Abs. 1, 823 Abs. 2, 826 in Frage kommen.

Damit auf Grund dieser Paragraphen ein Ersatzanspruch entstehe, muß ein Zurechnungsfähiger und Deliktsfähiger einen Schaden[3]) durch eine schuldhafte und widerrechtliche Verletzung eines fremden Rechtskreises verursacht haben. Das Verschulden kann, wie oben in § 9 ausgeführt, sowohl in einem Handeln (Erteilung falscher Auskunft) wie in einem Unterlassen (Auskunftsverweigerung) gefunden werden. Daß die Verletzung eine widerrechtliche[4]) sein muß, ist für die nach § 823 Abs. 2 haftbar machenden Verstöße gegen Gesetze selbstverständlich, für die in § 823 Abs. 1 genannten Rechtsverletzungen besonders vorgeschrieben und folgt für § 826 daraus, daß die Handlung bezw. Unterlassung „gegen die guten Sitten" verstößt.

Der Kausalzusammenhang,[5]) welcher zwischen der schuldhaften Handlung und dem der Schadensberechnung zugrunde liegenden Erfolg bestehen muß, bestimmt sich nach allgemeinen Grundsätzen und ist vom Verletzten nachzuweisen. Auch in dem Falle einer unerlaubten Handlung aus § 823 Abs. 2

---

[3]) Der Dritte darf also insbesondere weder taubstumm (§ 828 Abs. 2 B. G. B.) noch schuldlos in einen Zustand von Bewußtlosigkeit oder geistiger Unfreiheit (§ 827 B. G. B.) geraten sein.

„Schaden" ist derjenige Nachteil, den jemand infolge eines Ereignisses an einem Rechte oder Rechtsgut erleidet; er stellt sich dar als der Unterschied zwischen der gegenwärtigen Vermögenslage des Beschädigten und derjenigen, in welcher er sich befinden würde, „wenn, was geschehen ist, nicht geschehen wäre oder wenn geschehen wäre, was nicht geschehen ist". *Windscheid,* II § 257 S. 48, 49).

[4]) „Widerrechtlich" ist nach anzuerkennender herrschender Auffassung jede Rechtsverletzung, wenn sie nicht aus besonderen Gründen eine rechtmäßige ist. Vgl. *Cosack,* § 163 I, 2 a; *Jung,* a. a. O. S. 18; *Oertmann,* § 823 N. 7; *v. Liszt,* Deliktsobligationen S. 85; *Landsberg,* bürgerl. R. § 158 I, 2 c.

[5]) Die Frage, wann zwischen einer Tatsache und einem Erfolge ein ursächlicher Zusammenhang besteht, ist im Civil- und Strafrecht von jeher sehr bestritten. Vgl. die bei *Träger,* S. 13 ff., gegebene dogmengeschichtliche Darstellung der Lehre vom Kausalzusammenhange und die dort Citierten.

bedarf der Kausalzusammenhang der Feststellung; denn das B. G. B. enthält keine Bestimmung, welche etwa an den Verstoß gegen ein „Schutzgesetz“ die Vermutung knüpfte, daß dieser Verstoß den eingetretenen Schaden verursacht habe.[6]) Die an sich begründete Ersatzpflicht des Dritten kann aber im Einzelfalle ganz oder doch bis zu einem gewissen Umfange deshalb ausgeschlossen sein, weil bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Geschädigten mitgewirkt hat (§ 254 B. G. B.).[7])

Haben mehrere an der unerlaubten Handlung teilgenommen, so bestimmt sich ihre Haftung nach §§ 830, 840 B. G. B.

Ob nun die bei der Mobiliarzwangsvollstreckung durch einen Dritten erfolgte Erteilung falscher Auskunft bezw. die Verweigerung einer Auskunft eine der in §§ 823 Abs. 1, 823 Abs. 2, 826 B. G. B. behandelten schuldhaften Handlungen darstellt, soll im Folgenden untersucht werden.

a) Haftet der Dritte aus § 823 Abs. 1 B. G. B.?

Nach § 823 Abs. 1 B. G. B. ist schadensersatzpflichtig, „wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt“.

Daß von dem Dritten gegen keine der hier besonders aufgeführten Lebens- oder Rechtsgüter verstoßen wird, liegt auf der Hand; es fragt sich hier nur, ob der Vermögensschaden dadurch entsteht, daß „ein sonstiges Recht“ des Gläubigers verletzt wird.

Der Mobiliarzwangsvollstreckung liegen dem Gläubiger gegen den Schuldner zustehende Geldforderungen bezw. Herausgabeansprüche zugrunde. Deshalb drängt sich zunächst folgende Frage auf:

---

[6]) So auch *Planck*, § 823 N. 4 b; *Oertmann*, § 823 N. 9; *Staudinger*, § 823 III D; R. G. Bd. 52 S. 126; R. G. in J. W. 1902 Beil. S. 212, 1903 Beil. 126; 1904 S. 408; a. A. *Rümelin* im civ. Arch. 90 S. 293, 294.

[7]) § 254 B. G. B. bezieht sich ohne Zweifel auch auf unerlaubte Handlungen; vgl. *Oertmann*, § 254 N. 3; *Staudinger*, § 823 III c. u. a.

α. Liegt eine unerlaubte Handlung aus § 823 Abs. 1 vor auf Grund einer Verletzung des Forderungsrechts des Gläubigers?

Der Dritte wird durch dieses Forderungsrecht im Regelfalle, wie bereits hervorgehoben ist, nicht berührt.

Jemand kann nun zwar regelmäßig ein zwischen anderen Personen bestehendes Schuldverhältnis nicht verletzen, da entsprechend dem römischen und gemeinen Recht[1]) auch das B. G. B.[2]) auf dem Standpunkt steht, daß Schuldverhältnisse nur eine persönliche Beziehung zwischen dem Gläubiger und Schuldner, nicht zwischen diesen und dritten Personen erzeugen. Aber von diesem Prinzip gibt es im heutigen Recht einige Ausnahmefälle,[3]) in denen jemand über ein fremdes Forderungsrecht rechtswirksam verfügen kann und es so auch event. verletzt; so kann z. B. der Zedent von dem gutgläubigen Schuldner die Leistung an Stelle des Zessionars mit Wirksamkeit gegen diesen einziehen, oder der zwar legitimierte, aber nicht berechtigte Inhaber eines Wertpapiers die in diesem verbriefte Summe sich rechtswirksam auszahlen lassen. In beiden Fällen erlischt der Anspruch gegen den Schuldner. Aber nur, wenn eine solche unmittelbare Einwirkung[4]) auf

---

[1]) Vgl. *Windscheid,* § 455 N. 17 und dort Citierte; auch R. G. Bd. 9 S. 166.

[2]) B. G. B. § 241: „Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt von dem Schuldner eine Leistung zu fordern". Vgl. Motive II S. 727 d: „Aber wie aus einem solchen (sc. Schuldverhältnis) nur ein Recht gegen den Schuldner entsteht, so kann auch nur der Schuldner einer Verletzung dieses Rechtes sich schuldig machen".

[3]) Diese Ausnahmefälle sind u. E. unbestreitbar; so auch *Crome,* § 325 N. 4 b; *Hellwig,* Lehrbuch S. 199; *Planck,* § 823 N. 2 a und S. 609; *Endemann,* 3. und 4. Aufl. S. 908; *Enneccerus,* I. Aufl., S. 843. a. A. *Schaufuß,* a. a. O. S. 101; *Oertmann,* S. 944; *Regelsberger,* Pandekten I, § 50 I; *Oertmann* in Iherings Jahrb. 31, S. 458; *Dernburg,* Schuldverh. § 383 II, 2; *Oertmann* in der Festschrift S. 17.

[4]) A. A. *Cosack,* § 163, I 1 a; § 164, II 1; *Wollburg,* „Fallen Forderungsrechte unter den Begriff „sonstiges Recht" in § 823 B. G. B.", Diss., Rostock 1904; *Cohn* bei *Gruchot,* 43 S. 388; *v. Liszt,* Grenzgebiete S. 28, Deliktsobligationen S. 21; *Windscheid-Kipp,* II S. 331, welche auch jede mittelbare Verletzung eines Forderungsrechtes als Delikt betrachten.

den Bestand des obligatorischen Rechts möglich ist, kann man u. E. von einer Verletzung des Forderungsrechts (in abstraktem Sinne) sprechen, dagegen nicht, wenn der Angriff, statt gegen das Recht als solches, sich z. B. nur gegen den Leistungsgegenstand oder die Person des Schuldners richtet, wodurch allerdings mittelbar (z. B. infolge der verursachten Unmöglichkeit der Erfüllung) das Forderungsrecht vernichtet werden kann. Noch weniger endlich wird dann eine Verletzung des Forderungsrechts vorliegen, wenn dieses überhaupt nicht berührt, sondern nur seine Verwirklichung erschwert wird. Dieser Fall wird hier meist vorliegen. Der Gläubiger kann zwar infolge der verweigerten oder falschen Auskunft zurzeit nicht zu seinem Gelde kommen (insofern ist sein Forderungsrecht in seinem Wert beeinträchtigt), aber es besteht nach wie vor in gleichem Umfange; verletzt ist nur das Interesse des Gläubigers.[5]) Deshalb erübrigt sich für diese Abhandlung, ob die Verletzung eines Forderungsrechts durch „Dritte“ überhaupt nach § 823 Abs. 1 B. G. B. haftpflichtig macht,[6]) und bleibt für eine Ersatzpflicht aus

[5]) Aber nicht die Interessen-, sondern die Rechtsverletzung wird in § 823 Abs. 1 getroffen; s. *Oertmann,* Festgabe S. 19.

[6]) Diese Frage ist aber u. E. für alle Forderungen zu verneinen. A. A. für die von uns oben in Anm. 3 anerkannten Ausnahmefälle einer Forderungsverletzung die in Anm. 3 Citierten. (Es sollen in diesen Ausnahmefällen die Forderungsrechte eine absolute Wirkung haben; u. E. ist dies aber keine rein-absolute Wirkung, da nicht jeder in die Rechte eingreifen kann). U. E. ist mit der herrschenden Meinung davon auszugehen, daß als „sonstige Rechte“ nur absolute Rechte geschützt sein sollen und deshalb weder die seitens des Schuldners noch die seitens Dritter erfolgten Verletzungen von Forderungsrechten unter § 823 Abs. 1 fallen. Hinsichtlich der vielen hierfür sprechenden historischen, systematischen und rechtspolitischen Gründe sei besonders auf die Gründe des Reichsgerichtsurteils in Bd. 57 S. 354 ff. und die überzeugenden Ausführungen von *Fischer,* „Verletzung des Gläubigerrechts als unerlaubte Handlung“ verwiesen; letzterer hat besonders nachgewiesen, daß der Forderungsberechtigte auch durch andere Bestimmungen hinreichend geschützt ist. So auch *Linkelmann,* S. 21; *Neumann,* § 823, V 2; *Staudinger,* § 823 II, A 2 e $\delta$; *Oertmann,* Festgabe S. 19, und Schuldverh. § 823, 3 c $\beta$; *Dernburg,* § 383 II 2; *Rümelin,* civ. Arch. 90 S. 239; *Schaufuß* a. a. O.; *Jung,* S. 30; R. G. bei *Gruchot,* 50 S. 99 ff. *Fischer* a. a. O. S. 88 ff., 132 ff.; O. L. G. Celle in S. A. 56 N. 147; ob. L. G. München in S. A. 56 N. 229 u. v. a. m.

§ 823 Abs. 1 nur die Frage zu beantworten:

*β.* Ist die Vermögensbeschädigung als solche eine unerlaubte Handlung nach § 823 Abs. 1?

Die neueren, dem B. G. B. vorhergegangenen und für Deutschland in Betracht kommenden Gesetzgebungen geben entgegen dem römischen Recht[7]) eine allgemeine Ersatzklage wegen Verletzung fremden Vermögens, insbesondere die Gesetzbücher Preußens, Österreichs und Frankreichs. So bestimmt Teil I Tit. 6 § 1 des Preuß. Allg. Landrechts: „Schade ist jede Verschlimmerung des Zustandes eines Menschen in Ansehung seines Körpers, seiner Freiheit oder Ehre oder seines Vermögens". Als eine hiernach relevante Vermögensbeschädigung ist allgemein die Verletzung des Gläubigerinteresses als solchen angesehen worden.[8]) Nach dem österreichischen bürgerlichen Gesetzbuch[9]) ist Schaden „jeder Nachteil, welcher jemandem an Vermögen, Rechten oder seiner Person zugefügt ist". Ähnliches ist im Sächsischen Gesetzbuch[10]) und im Code civil[11]) bestimmt. Im Anschluß an diese Gesetzgebungen hatte auch der I. Entwurf eines B. G. B. eine allgemeine außerkontraktliche Schadensersatzklage im § 704 aufgestellt;[12]) aber diese Bestimmung ist von der zweiten Kommission beseitigt worden.

Das B. G. B. kennt keine allgemeine Haftung für einen verursachten Vermögensschaden. Nach § 823 Abs. 1 tritt, wie erwähnt, eine Ersatzpflicht für einen Vermögensschaden nur ein, wenn eins der dort aufgeführten bestimmten Rechts-

---

[7]) Das römische Recht kannte keine allgemeine außerkontraktliche Ersatzklage, sondern stellte nur ganz spezielle Fälle auf (z. B. die aquilische Klage).

[8]) Vgl. *Dernburg,* Privatrecht II § 295; s. aber R. O. H. G. in Bd. 13 S. 426 ff., wo hervorgehoben wird, daß ein vom Schädiger unternommener Eingriff in die Rechtssphäre des Beschädigten vorliegen müsse.

[9]) Vgl. § 1293 des österr. B. G. B.

[10]) S. §§ 116, 773, 774.

[11]) Art. 1382.

[12]) § 704 Abs. 1 des Entwurfs I lautet: „Hat jemand durch eine aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit begangene widerrechtliche Handlung — Tun oder Unterlassen — einem andern einen Schaden zugefügt, so ist . . ."

güter oder Rechte verletzt ist. Daß nun am Vermögen in seiner Totalität kein subjektives Recht besteht, sondern nur an den einzelnen Vermögensstücken, ist von der herrschenden Theorie und Praxis [13]) anerkannt. Schon deshalb kann das Vermögen als Inbegriff aller einem Menschen gehörenden Sachen und Rechte nicht zu den „sonstigen Rechten" gehören und auch eine Ersatzpflicht nach § 823 Abs. 1 B. G. B. durch die Verletzung des Vermögens als solchen nicht hervorgerufen werden, [14]) es sei denn, daß im besonderen Falle, die Verletzung sich gleichzeitig gegen ein der im § 823 Abs. 1 aufgeführten Lebens- oder Rechtsgüter richtet.

Kann so auch aus § 823 Abs. 1 keine Ersatzpflicht des Dritten hergeleitet werden, so verbleiben zum Schutze des Gläubigers noch die Bestimmungen des Abs. 2 von § 823 und des § 826 B. G. B.

### b) Haftet der Dritte aus § 823 Abs. 2?

Nach § 823 Abs. 2 B. G. B. ist derjenige schadensersatzpflichtig, „welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt". Als „Schutzgesetze" [1]) im

[13]) Vgl. *Crome*, II § 325, II 2; *Cosack*, § 163, I 1 b; *Oertmann*, § 823, 3 f.; *Oertmann*, Festgabe S. 17 ff. A. A. zwar *Langheineken*, Anspruch, S. 156 ff., dagegen aber mit Recht *Oertmann* a. a. O.

[14]) Vgl. *Crome* und *Oertmann*, a. a. O.; *Planck*, II S. 609; *Staudinger*, § 823 N. II, A 2 ε; Motive S. 727; R. G. Bd. 58 S. 28, Bd. 59 S. 49, Bd. 51 S. 92; O. L. G. Königsberg in S. A. Bd. 57 N. 186; O. L. G. Hamm in O. L. G. Bd. 8 S. 17; R. G. in J. W. 1905 S. 367 ff.; O. L. G. Posen im „Recht" 1905 S. 134.

[1]) Über den Umfang des Begriffs „Schutzgesetz" herrscht Streit. Zu eng sind jedenfalls die Auffassung *Kuhlenbecks*, B. G. B. § 823 N. 11, welcher § 823 Abs. 2 nur auf polizeiliche Vorschriften anwenden will, und diejenige *Linkelmanns*, Schadensersatzpflicht, S. 26, welcher als Schutzgesetze nur die Gesetze anerkennt, die einzelne Personen oder gewisse Personenklassen gegen die ihnen von anderen drohenden Gefahren schützen. Ähnlich einengend ist *Dernburgs* Auffassung, Schuldverhältnisse § 383 II), der die nur im Interesse der Allgemeinheit erlassenen Ge- und Verbote ausgeschlossen wissen will. Solche Beschränkungen sind u. E. nicht am Platze; vielmehr sind solche Gesetze, die vornehmlich die Gesamtheit schützen sollen, auch als den einzelnen schützend anzusehen. Vgl. Protok. der II. Kommission Bd. II S. 571; *v. Liszt*, Deliktsobligationen S. 33; *Träger*, S. 379 u. a.

Sinne dieser Vorschrift sind alle Ge- und Verbote anzusehen, die zum Schutze der Interessen anderer erlassen sind, seien sie z. B. Strafgesetze gegen Tötung oder Betrug, seien sie Polizeiverordnungen betr. die Sicherheit des Publikums, seien sie an einzelne Personen oder Personenklassen oder an die Gesamtheit gerichtet.[2]) Nur die zur Aufrechterhaltung der Staatsgewalt als solcher und ihrer Autorität erlassenen Gesetze sind hier auszuschließen, weil sie nicht das Interesse der Einzelnen oder dieser in ihrer Gesamtheit schützen sollen.[3]) Schutzgesetze können allen Rechtsgebieten (z. B. dem Privat-, Straf- oder öffentlichen Recht) angehören.

So würde z. B. eine Vorschrift, welche jedem Dritten eine allgemeine Auskunftspflicht auferlegte, zweifellos ein Schutzgesetz sein. Aber solche allgemeine Vorschrift besteht nicht (s. oben § 10).[4])

Dagegen könnte der Gläubiger einen Schadensersatzanspruch gegen den Dritten auf Verletzung der §§ 113, 136, 137, 288 oder 263 Str. G. B. stützen, da diese Vorschriften allgemein als Schutzgesetze anerkannt werden. Wäre also z. B. im Enzelfalle in der Erteilung falscher Auskunft ein Betrug oder ein Beiseiteschaffen von Pfandstücken zu erblicken, so würde die Klage gegen den Dritten aus § 823 Abs. 2 B. G. B. begründet sein. Ob nun die Auskunftsverweigerung bezw. Erteilung falscher Auskunft eine Verletzung der genannten Strafgesetze involvieren kann, wird bei der späteren Untersuchung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Dritten (unten § 12) geprüft werden. Dort werden wir zu dem Ergebnis kommen, daß sowohl die Erteilung falscher Aus-

---

[2]) So die herrschende Meinung. Vgl. *Crome*, § 326, 3; *Landsberg*, S. 556 ff.; *v. Liszt*, Deliksobl. S. 30 ff.; *Träger*, S. 201 u. 376 ff.; *Cosack*, § 163 II 2 a. *Enneccerus*, S. 845; *Oertmann*, § 823 N. 4 a β; R. G. bei *Gruchot*, Bd. 46 S. 973.

[3]) Siehe die Literaturangaben bei *Staudinger*, § 823 III, A 2 a, c ff., (mit vielen Entscheidungen).

[4]) Die Schadensersatzpflicht des Drittschuldners für Verletzung der ihm nach § 840 C. P. O. obliegenden Erklärungspflicht ist bereits in Abs. 2 des § 840 C. P. O. ausdrücklich aufgestellt, so daß der Gläubiger hier nicht erst die Vorschriften des 25. Titels von Buch II B. G. B. heranzuziehen braucht.

kunft als auch die bloße Auskunftsverweigerung nach § 263 St. G. B. den Dritten strafbar machen kann.

Zweifelhaft könnte sein, ob vielleicht wegen Auskunftsverweigerung der Gläubiger einen Ersatzanspruch auf Verletzung des § 226 B. G. B. in Verbindung mit § 823, Abs. 2, B. G. B. stützen kann. § 226 B. G. B. ist zwar als Schutzgesetz anzusehen [5]), da er den Einzelnen vor der unzulässigen Rechtsausübung zu schützen bezweckt. Jedoch hat § 226 zur Voraussetzung die Ausübung eines subjektiven Rechts; [6]) ein „subjektives Recht" ist aber nach der Definition von *Jhering* und *Dernburg* „das rechtlich geschützte Interesse, das dem Berechtigten einen Anteil an den Lebensgütern gewährt". Die Unterlassung eines Tuns, das von jemand gefordert wird, ohne daß eine Pflicht zum Tun besteht, ist aber nicht die Ausübung eines subjektiven Rechts, eines rechtlich geschützten Interesses im Sinne des § 226 B. G. B., sondern lediglich die Betätigung der allgemeinen Freiheit, zu tun und zu lassen, was man will. [7]) Deshalb kann § 226 B. G. B. hier nicht Anwendung finden. Abgesehen davon verlangt aber § 226, daß die Rechtsausübung (Auskunftsverweigerung) nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen, so daß jede, selbst problematische Verfolgung eigenen oder fremden Vorteils die Anwendung des § 226 B. G. B. ausschließt. [8]) Und dieser Nachweis, daß nur ein schädigender Zweck vorliege, wird im Einzelfalle kaum zu erbringen sein.

Hat der Gläubiger zur Begründung seiner Ersatzklage aus § 823 Abs. 2 die Verletzung eines Schutzgesetzes (des § 263 St. G. B.) dargetan, so muß noch hinzukommen, daß gerade das durch das übertretene Gesetz geschützte Rechtsgut

---

[5]) „Die Ausübung eines Rechtes ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen", § 226 B. G. B. Nach *Staudinger*, § 826 N. 6 und *Cohn* bei *Gruchot*, Bd. 43 S. 392, ist § 226 B. G. B. „zweifellos" ein Schutzgesetz, nach *Oertmann*, § 823 N. 4 a nur „vielleicht".

[6]) Vgl. *Planck*, III. Aufl. § 226 I; *Staudinger*, § 226 I.

[7]) Vgl. R. G. Bd. 58 S. 217.

[8]) Vgl. *Oertmann*, Sittenwidrige Handlungen in D. J. Z. 1903, S. 326.

und gerade das Interesse der Person, welcher das Schutzgesetz dienen soll, verletzt ist; endlich muß auch gerade solche Gefahr herbeigeführt sein, wie sie durch das Schutzgesetz verhütet werden sollte.[9])

Die Klage aus §§ 263 St. G. B., 823 Abs. 2, B. G. B. ist also begründet, wenn der Dritte das Vermögen des Gläubigers, welches vor Schädigung bewahrt bleiben sollte, geschädigt hat, wenn er den Vermögensbesitzer, der gegen solche Beschädigung durch § 263 St. G. B. geschützt sein sollte, in seinem Interesse verletzt und den Schaden dabei hervorgerufen hat durch sein betrügerisches Handeln, welches durch § 263 St. G. B. verhütet werden sollte. (Näheres siehe unten § 12).

Endlich muß das Schutzgesetz schuldhaft verletzt sein; der Verstoß gegen das Schutzgesetz muß vom Dritten vorausgesehen oder doch bei gehöriger Sorgfalt voraussehbar gewesen sein.

Daß auch der Erfolg der Tat, der Schaden, voraussehbar war, ist im allgemeinen nach § 823 Abs. 2 nicht erforderlich; jedoch wird in vielen Fällen die Voraussehbarkeit des Erfolges schon zum Tatbestand der Verletzung des Schutzgesetzes gehören, wie z. B. auch nach § 263 St. G. B.

### c) Haftet der Dritte aus § 826 B. G. B.?

Der § 826 B. G. B. lautet: „Wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatze des Schadens verpflichtet".

Ist im Einzelfall die Erteilung falscher Auskunft oder die Auskunftsverweigerung bereits eine unerlaubte Handlung im Sinne des § 823 Abs. 2 B. G. B., so bedarf es nicht mehr der Prüfung, ob auch aus § 826 B. G. B. eine Ersatzpflicht herzuleiten ist.[1]) Denn diese Vorschrift soll nur eine „Er-

[9]) So auch *Endemann*, § 200 N. 33; *Träger*, S. 203 ff.; *v. Liszt*, Deliktsobl. S. 32; *Rümelin* im civ. Arch. 90 S. 305 ff.; *Oertmann*, § 823 N. 4 b; O. L. G. Hamburg in S. A. 60 S. 102.

[1]) So auch z. B. *Crome*, § 330 N. 1, „Ist das Handeln schon anderweit verboten, so braucht nach einem Verstoß gegen die guten Sitten nicht gefragt zu werden".

gänzung des § 823 B. G. B.“ [2]) sein und als *„ultimum refugium“* diejenigen Handlungen treffen, welche nicht objektiv rechtswidrig, sondern „kraft der allgemeinen Freiheit erlaubt“ [3]) oder „rechtlich indifferent“ sind, aber gleichwohl „gegen die guten Sitten“ verstoßen. Es ist natürlich schon dann die Vorschrift des § 826 B. G. B. verwendbar, wenn die Begründung einer Ersatzpflicht aus § 823 zweifelhaft ist. [4])

Wann nun ein Verstoß „gegen die guten Sitten“ [5]) vorliegt, ist Tatfrage. So wird z. B. ein selbstsüchtiges Verfolgen des eigenen Vorteils an sich nicht sittenwidrig sein, [6]) sondern die Grenze vom formalen Rechtsstandpunkt zum „Unsittlichen“ wird erst dann als überschritten gelten dürfen, wenn z. B. eine rücksichtslose Mißachtung anderer ungleich höherer Interessen vorliegt oder unlautere Mittel (Lügen, Ausnutzung fremder Geheimnisse u. a.) zur Erreichung des Zieles verwandt werden.

Wir werden mit *Rümelin* [7]) sagen können, daß ein Handeln „gegen die guten Sitten“ da anzunehmen ist, „wo eine *opinio necessitatis* in dem Sinne entstanden ist, daß das Eingreifen der Rechtsordnung gegen gewisse Machinationen als Bedürfnis empfunden wird“.

Auch von einer „sittenwidrigen“ Handlung muß gelten, daß sie sowohl in einem Tun als auch in einem Unterlassen gefunden werden kann, wenn auch die Fälle, in denen ein

---

[2]) R. G. vom 9. IV. 1904, Bd. 57 S. 241.

[3]) Vgl. Motive II S. 726.

[4]) Vgl. R. G. v. 17. IV. 1905 in D. J. Z. 1905 S. 597.

[5]) Über den Begriff der „guten Sitten“ vgl. *Rümelin* a. a. O. S. 328 ff.; *Crome*, § 330 N. 1; *Jung* a. a. O. S. 41 ff.; *Landsberg*, I S. 559; *Oertmann* in D. J. Z. 1903 S. 325 ff.; *Staudinger*, Bd. I § 138 N. 2, Bd. II § 826 N. 3 c, wo eine reiche Literaturangabe sich befindet; *v. Liszt*, Deliktsobligationen S. 42 ff., 72 ff.

Es wird die „Moral“ der Zeit, „das herrschende Volksbewußtsein“, „das Anstandsgefühl aller billig und gerecht denkenden Menschen“ (so R. G. Bd. 48 S. 124) zugrunde zu legen sein.

[6]) Siehe R. G. Bd. 51 S. 369 ff.

[7]) *Rümelin* im civ. Arch. Bd. 90 S. 328.

Unterlassen „gegen die guten Sitten“ verstößt, vielleicht nur selten sind.[8])

Legt man den für das Vorliegen einer „unsittlichen Handlung“ gefundenen Maßstab auf den Einzelfall an und berücksichtigt man namentlich, daß eine Auskunftspflicht für den Dritten nicht besteht, so wird man wohl beim Vorliegen bloßer Auskunftsverweigerung meist zu dem Schluß kommen, daß eine „gegen die guten Sitten“ im Sinne von § 826 B. G. B. verstoßende Handlung nicht vorliegt.[9]) Dagegen ist die Erteilung wissentlich falscher Auskunft ohne weiteres stets als „sittenwidrig“ nach § 826 anzusehen.[10]) Der Dritte darf schweigen; tritt er aber aus der erlaubten Passivität heraus und erteilt Auskunft, so muß diese auch subjektiv richtig sein. Selbst die Wahrnehmung der höchsten eigenen Interessen kann einer „Lüge“ nicht das unmoralische Gewand abnehmen.

Das Bewußtsein, daß das Handeln sittenwidrig sei, ist nicht[11]) erforderlich.

Der Dritte muß aber, um nach § 826 B. G. B. zu haften, den entstandenen Schaden dem Verletzten vorsätzlich zugefügt haben; der Dritte muß vorausgesehen haben, daß er den Schaden verursachen werde.[12]) Bloße Voraussehbarkeit genügt nicht; dagegen braucht er die Höhe des Schadens nicht vorausgesehen zu haben. Der Nachweis des Vorsatzes ist in den Fällen der Erteilung einer falschen Auskunft meist leicht, dagegen bei der bloßen Auskunftsverweigerung — soweit eine solche überhaupt sittenwidrig ist — oft schwer

---

[8]) So auch *Dernburg,* Schuldverh. § 393 Anm. 4; *Crome,* § 330 Anm. 3; *Staudinger* § 826 N. 3 a; *v. Liszt,* Deliktsobligationen S. 73; zweifelnd *Neumann,* § 826 N. 4. In den von *v. Liszt,* a. a. O. S. 73, gewählten Beispielen dürfte wohl ohne weiteres ein „gegen die guten Sitten“ verstoßendes Verhalten nicht zu finden sein.

[9]) Anders aber, wenn unlautere Mittel verwandt sind, bloß chikanöse Absicht vorliegt oder das vorangegangene Verhalten des Dritten sein Schweigen als sittenwidrig erscheinen läßt.

[10]) So auch R. G. bei *Gruchot,* Bd. 47 S. 105 ff. (auch abgedruckt in J. W. 1902 Beil. S. 276) und in J. W. 1905 S. 369.

[11]) Die Qualitat der Handlung ist vielmehr rein objektiv zu beurteilen.

[12]) Eine schädigende „Absicht“ ist nicht gefordert. S. R. G. 58 S. 216.

zu liefern. Es reicht aber das Vorhandensein des *dolus eventualis*[13]) aus. Hat also der Dritte nicht gerade den Gläubiger schädigen wollen und auch den Eintritt des Schadens nicht als eine notwendige Folge seiner Weigerung vorausgesehen, so ist doch in den Fällen ein Vorsatz anzunehmen, wo der Dritte die Auskunft auch dann verweigert haben würde, wenn er gewußt hätte, daß seine Weigerung notwendig einen Schaden des Gläubigers zur Folge haben würde.

Nach § 826 B. G. B. ist also der Dritte, wenn er nicht schon nach § 823 Abs. 2 B. G. B. haftet, stets verantwortlich wegen Erteilung falscher Auskunft, dagegen wegen Auskunftsverweigerung nur in den Ausnahmefällen, wo diese „sittenwidrig“ ist.

§ 12.

## 4. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Dritten.

Daß die Erteilung falscher Auskunft bezw. Auskunftsverweigerung sich weder als Widerstand gegen die Staatsgewalt (§ 113 St. G. B.) noch als Siegel- oder Arrestbruch (§§ 136, 137 St. G. B.) noch als Pfandkehrung (§ 289 St. G. B.) darstellt, bedarf kaum einer weiteren Begründung. Anwendung von Gewalt oder Bedrohung mit Gewalt oder tätlicher Angriff (§ 113 St. G. B.) liegen hier nicht vor; und die Delikte der §§ 136, 137, 289 St. G. B. setzen sämtlich eine vollzogene Pfändung voraus, während wir davon ausgehen, daß vor Vollziehung der Pfändung das Ersuchen um Auskunft an den Dritten herantritt.

Mithin kann von den Gesetzesbestimmungen, die speziell das durch ein Pfandrecht gesicherte Gläubigerrecht schützen sollen, nur der § 288 St. G. B. in Frage kommen. § 288 bedroht mit Strafe den, „der bei einer ihm drohenden Zwangsvollstreckung in der Absicht, die Befriedigung des Gläubigers zu vereiteln, Bestandteile seines Vermögens veräußert oder beiseite schafft.“ Aus dem klaren Wortlaut des § 288 („einer ihm drohenden . . .“) folgt, daß der Täter dieses Vergehens

[13]) Über den Begriff *„dolus eventualis“* vgl. *v. Hippel,* Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1903 und dort Citierte.

nur der von der Vollstreckung bedrohte Schuldner sein kann,[1]) sei dieser nun zur Leistung oder bloß zur Duldung verurteilt. Von der Vollstreckung nicht betroffene Dritte könnten deshalb hier nur Teilnehmer oder Begünstiger sein.[2])

Aber weder der Schuldner selbst noch ein zur Duldung verurteilter Dritter kann das Vergehen des § 288 durch Auskunftsverweigerung bezw. Erteilung falscher Auskunft begehen. Eine Veräußerung erfordert eine Aufgabe bezw. Übertragung von Vermögensgegenständen, und das Beiseiteschaffen setzt stets voraus, daß das betreffende Vermögensobjekt der Ausübung der bei der Zwangsvollstreckung tätig werdenden amtlichen Verfügungsgewalt tatsächlich entzogen wird.[3]) [4]) Eine Auskunft oder gar bloße Auskunftsverweigerung werden jedoch diese Wirkungen nicht haben, da die Pfandstücke der Verfügung des Gerichtsvollziehers bzw. Gläubigers, weil sie sich an die falsche Auskunft nicht zu kehren brauchen, nach wie vor zugänglich sind. So ist auch z. B. ein Erkenntnis des preuß. Obertribunals[5]) davon ausgegangen, daß, wenn der Angeklagte eine unrichtige Angabe über den Verbleib der zu pfändenden Sachen gemacht hat, damit allein der Tatbestand des Beiseiteschaffens nicht erfüllt ist.[6])

Hiernach kann als einziges Strafgesetz, welches hier durch den Dritten verletzt sein könnte, nur noch § 263 St. G. B. („Betrug") in Betracht kommen.

### Begeht der Dritte einen „Betrug"?

Nach § 263 St. G. B. wird wegen Betruges bestraft, „wer in der Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, das Vermögen

---

[1]) Vgl. R. G. v. 4. XII. 1885 in E. Bd. 13 S. 138 und v. 26. V. 1887 in E. Bd. 16 S. 121; *Olshausen*, § 288 N. 6.

[2]) Vgl. *Olshausen*, § 288 N. 6.

[3]) Vgl. *v. Liszt*, § 137 Anm. 3; *Olshausen* zu § 288 unter II; R. Bd. 8 S. 60 und E. Bd. 22 S. 242.

[4]) Ob hierzu in allen Fällen eine örtliche Entfernung erforderlich ist, wie *Frank* zu § 133 und § 288 will, oder ob eine örtliche Entfernung nicht nötig ist, wird nach Lage des einzelnen Falles zu entscheiden sein.

[5]) Obetr. Entsch. v. 24. I. 1873 bei *Stenglein*, Zeitschr. Bd. II S. 241.

[6]) Ebenso *Olshausen*, § 288 N. 11.

eines anderen dadurch beschädigt, daß er durch Vorspiegelung falscher oder durch Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen einen Irrtum erregt oder unterhält".

Zum objektiven Tatbestande des Betruges gehören also folgende vier Tatbestandsmerkmale: Täuschungshandlung, Irrtumserregung, Vermögensdisposition, Vermögensbeschädigung. Hinzu muß als subjektives Tatbestandsmerkmal die Bereicherungsabsicht kommen.

Ob diese Tatbestandmerkmale alle vorhanden sind, ist nur nach Lage des Einzelfalls zu entscheiden. Wir müssen uns hier mit der Behauptung begnügen, daß im Einzelfalle sowohl die Erteilung falscher Auskunft als auch die Auskunftsverweigerung einen straftrechtlichen Betrug darstellen kann. Darüber, daß Auskunftsverweigerung (eine Unterlassung) eventuell der Erteilung falscher Auskunft (einem Handeln) gleichkommt, siehe oben § 9. Die dortigen Ausführungen gelten auch für das Strafrecht. Auch ein bloßes Verschweigen kann also ein strafbares „Unterdrücken" sein, so z. B. wenn eine Verpflichtung zur Mitteilung der wahren Tatsache bestand und so eine „rechtlich relevante" Unterlassung vorliegt.

Nur auf einige Zweifel, die bei der Feststellung der einzelnen Tatbestandsmerkmale im Einzelfalle entstehen können, wollen wir kurz eingehen.

Die Täuschungshandlung kann eine Vorspiegelung falscher oder Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen sein.

„Tatsache" ist etwas Vorhandenes oder Geschehenes, d. h. alles, was der Gegenwart oder Vergangenheit angehört. [1]) Nicht ist Tatsache ein bloßes Urteil, das lediglich eine subjektive Auffassung darstellt. Aber unter der Form eines Urteils kann sich die Behauptung einer Tatsache verbergen und umgekehrt schließt mehr oder weniger jede tatsächliche Behauptung ein Urteil in sich. [2]) Aber derjenige, der bei einem anderen einen Irrtum über die Richtigkeit eines Urteils, einer Meinung erregt, täuscht ihn zugleich auch über die tatsächlichen Grundlagen dieses Urteils, „wenn und soweit

[1]) Vgl. *Olshausen,* Note 2 zu § 131.

[2]) Vgl. R. G. in R. Bd. 5 S. 395.

in dem anderen durch das Urteil der Glaube erweckt werden soll, daß diese Tatsachen andere seien, als sie in Wirklichkeit sich verhalten.“ [3]) Wenn also z. B. der Dritte dem Gerichtsvollzieher gewisse Gegenstände, die nach der Kenntnis des Dritten dem Schuldner nicht gehören, als zur Pfändung geeignet bezeichnet und deren Pfändung empfiehlt, so behauptet der Dritte damit auch, daß diese Sachen Eigentum des Schuldners seien; denn diese Tatsache ist der Grund der über die Geeignetheit zur Pfändung geäußerten Meinung bezw. des erteilten Rates. Der Dritte macht sich also dann einer Täuschung schuldig.

Ähnlich ist die Behauptung, daß an einer Sache ein gewisses Recht bestehe (z. B. daß sie dem Schuldner gehöre) als Behauptung einer „Tatsache“ aufzufassen, da mit dem Bestehen des Rechtes auch die rechtsbegründenden Tatsachen behauptet werden. [4])

Die Täuschungshandlung des Dritten muß die Erregung oder Unterhaltung eines Irrtums, eine positiv falsche Vorstellung bei dem Getäuschten erzielt haben (z. B. die falsche Vorstellung, daß die zu pfändenden Sachen im Eigentum des Schuldners ständen).

Als Folge der durch die Täuschung hervorgerufenen Irrtumserregung muß eine Vermögensbeschädigung eingetreten sein, und zwar auf Grund einer von dem Getäuschten getroffenen Verfügung über das Vermögen des Geschädigten. [5]) Der Schaden [6]) muß in Geld abschätzbar und an dem rechtlich geschützten [7]) Vermögen erlitten sein, braucht aber nicht ein

[3]) So R. G. in R. Bd. 5 S. 395.

[4]) Vgl. *Oppenhoff*, § 263 N. 40; Entscheidungen des preuß. Obertribunals in Ob. Trib. Bd. III S. 275 und Bd. XX S. 78; *Olshausen*, § 263 N. 3 ff.

[5]) Denn der Getäuschte braucht nicht notwendig auch der Geschädigte zu sein; s. unten Seite 72 zu Anm. 10 und 11.

[6]) Der Schaden kann auch in dem Verlust der Befriedigungsmöglichkeit bestehen. Vgl. R. G. in Civilsachen Bd. 4 S. 253; R. G. in Strafsachen in E. Bd. 21 S. 238 ff.

[7]) Die Entziehung von rechtlich nicht anerkannten Ansprüchen (z. B. Ansprüchen aus einem unsittlichen Geschäft) wird strafrechtlich nicht verfolgt. Vgl. *Olshausen*, § 263 N. 18; *v. Liszt*, Lehrbuch S. 472; E. Bd. 19 S. 186, Bd. 21 S. 161, Bd. 27 S. 300, Bd. 37 S. 30, Bd. 37 S. 80.

dauernder zu sein, so daß er durch die Möglichkeit späterer Ausgleichung nicht ausgeschlossen wird.

Der schädigende Erfolg muß von dem Dritten als Folge seiner Täuschung gewollt sein;[8]) ausreichend ist hier aber das Vorliegen eines *dolus eventualis.*[9])

Da das Gesetz nicht vorschreibt, wer getäuscht sein muß, ist eine Identität der geschädigten und getäuschten Person nicht erforderlich;[10]) allerdings muß, da die Vermögensbeschädigung durch einen Dispositionsakt des Getäuschten hervorgerufen sein muß, der Getäuschte jedenfalls tatsächlich in der Lage sein, über das Vermögen des Geschädigten zu verfügen.[11]) So wird z. B. Betrug vorliegen, wenn der Gerichtsvollzieher getäuscht und durch sein Handeln der Gläubiger geschädigt wird.

Die Täuschung muß von dem Dritten in der Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, vorgenommen sein.

Durch das Wort „Absicht" ist bezeichnet, daß der Wille des Täters gerade auf Herbeiführung der Bereicherung gerichtet, diese das erstrebte Ziel (nicht aber notwendig Zweck, Motiv der Handlung) sein muß;[12]) es würde also kein Betrug vorliegen, wenn der Dritte nur aus Schabernack oder Schadenfreude den Gerichtsvollzieher getäuscht hätte, sich aber gleichwohl eines unerwünschten Vermögensvorteils

---

[8]) Vgl. *Olshausen,* § 263 N. 42; *Frank,* § 263 VII; *Binding,* Normen II S. 562; *Meyer,* § 95 N. 4; R. Bd. 1 S. 499, Bd. 6 S. 493; E. Bd. 19 S. 90, Bd. 25 S. 5. Eine auf Vermögensbeschädigung gerichtete „Absicht" ist nicht erforderlich; vgl. E. Bd. 3 S. 142, Bd. 5 S. 277.

[9]) Vgl. die in Anm. 8 Citierten.

[10]) Vgl. *Olshausen,* § 263 N. 16; *Frank,* § 263 VI 3; *Meyer,* § 95 N. 3; *v. Liszt,* Lehrbuch § 139 4; E. Bd. 11 S. 246, Bd. 21 S. 236; R. Bd. 3 S. 476; *Binding,* Lehrbuch II S. 345. Besonders *Rimpau,* Über die Strafbarkeit des Betruges nach geltendem Recht beim Mangel der Identität des Getäuschten und des Geschädigten, Tübinger Dissertation 1892.

[11]) Vgl. E. Bd. 25 S. 244.

[12]) Vgl. *Olshausen,* § 263 N. 49; *Meyer,* § 95 N. 3; *v. Liszt,* § 50 N. 2; *Oppenhoff,* § 263 N. 2—11, 49; E. Bd. 15 S. 9, Bd. 22 S. 170; Bd. 27 S. 217.

bewußt wäre.[13]) Dagegen würde es Betrug bleiben, wenn der Dritte neben der Bereicherungsabsicht noch einen anderen Zweck (z. B. Schabernack) hätte.

Als Vermögensvorteil wird jede Verbesserung, d. h. günstigere Gestaltung des Vermögensstandes anzusehen sein, also nicht nur ein positiver Vermögenszuwachs, sondern auch die Erlangung einer höheren Sicherheit sowie die Abwendung eines Vermögensnachteils oder einer Zwangsvollstreckung.[14])

Rechtswidrig wird der von dem Dritten erstrebte Vermögensvorteil dann sein, wenn er keinen rechtlich begründeten Anspruch[15]) auf diesen Vorteil hatte.

Ob der Dritte im Einzelfalle sich oder einem anderen den Vorteil verschaffen will, ist ohne Bedeutung; nur muß er sich bewußt sein, daß ein Rechtsanspruch auf den Vorteil nicht besteht. Der Vermögensvorteil muß also objektiv und subjektiv rechtswidrig sein.

Sind im Einzelfalle die Tatbestandsmerkmale des Betruges vorhanden, so muß, wie sich schon aus den vorhergegangenen Ausführungen ergibt, in dreifacher Beziehung ein ursächlicher Zusammenhang[16]) feststellbar sein, und zwar zunächst zwischen der Täuschungshandlung und dem Irrtum.[17]) Die falsche Vorstellung des Getäuschten muß durch die Täuschungshandlung hervorgerufen sein.

---

[13]) E. Bd. 27 S. 217 sagt: „wer die Bereicherung positiv nicht zum Ziel genommen und die Möglichkeit einer Bereicherung nur als eine unerwünschte, aber nicht absolut auszuschließende Eventualität in seinen Willen mit aufgenommen hat, dem fehlt die „Absicht" im Sinne des § 263."

[14]) Eine Pfändung und Versteigerung vermindern notwendig das Vermögen des Schuldners, so daß eine Abwendung dieser Verminderung einem Vorteil gleichkommt. Vgl. Obertrib. Entsch. in Goltdammers Archiv Bd. 26 S. 336; R. I S. 499. A. A. *Schwarze,* § 263 N. 6 und Anm. 1; auch *Zimmermann* im Gerichtssaal Bd. 24 S. 307.

[15]) So die herrschende Lehre und Praxis des Reichsgerichts. Vgl. *v. Liszt,* § 139 N. 2 b; *Meyer,* S. 578; E. Bd. 26 S. 354. Andere sehen den Vorteil als „rechtswidrig" an, der im Rechtswege zurückgefordert werden kann; so *Frank,* § 263 VII, § 253 IV; vgl. *Olshausen,* § 263 N. 45; *Binding,* Normen II S. 560.

[16]) Über das Kausalitätsproblem s. oben § 11 Anm. 5 (Seite 57).

[17]) Vgl. *Olshausen,* § 263 N. 17; *Oppenhoff,* § 263 N. 55; *Meyer,* § 95 N. 3; *Frank,* § 263 N. IV.

Sodann müssen die Bereicherungsabsicht und die Täuschung bezw. der Vermögensschaden im Kausalzusammenhang stehen.[18]) Der Dritte muß sich der Täuschung und des dadurch entstandenen Schadens bedient haben, um seiner gewinnsüchtigen Absicht zu genügen. Daß der Vermögensvorteil und der Schaden sich ganz oder teilweise decken, ist aber nicht erforderlich.[19])

Endlich muß ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der Täuschung und dem Schaden nachweisbar sein.[20]) Daß der Getäuschte nicht notwendig auch der Geschädigte zu sein braucht, ist bereits ausgeführt (s. S. 72 zu Anm. 10 und 11). Aber hier kann zweifelhaft erscheinen, ob die dem Gerichtsvollzieher gegenüber begangene Täuschung als kausal angesehen werden kann; sie würde jedenfalls nicht kausal sein, wenn der Gerichtsvollzieher bei der Pfändung nach bestimmten, den eigenen Willen gänzlich ausschließenden Vorschriften zu verfahren hätte (wie z. B. der Richter jedem Gesuch um Erlaß eines Zahlungsbefehls ohne Nachprüfung zu entsprechen hat); dann wäre jeder Einfluß und damit auch eine Täuschung des Gerichtsvollziehers unmöglich. Aber dem Gerichtsvollzieher steht im Regelfalle ein Prüfungsrecht hinsichtlich der zu pfändenden Gegenstände zu.

Bei dieser Prüfung darf er sich aber auf nackte einseitige Behauptungen des Schuldners ebensowenig stützen, wie der Prozeßrichter im kontradiktorischen Verfahren einseitigem, durch keinerlei Beweismittel unterstützten Parteivorbringen glauben darf. Dasselbe wird gelten müssen von den nackten Angaben solcher Personen, deren Glaubwürdigkeit infolge naher Verwandtschaft mit dem Schuldner oder aus sonstigen Gründen erschüttert ist.

Würde also die falsche Auskunft vom Schuldner oder von einem „interessierten“ Dritten erteilt sein, so hätte der

---

[18]) *Olshausen*, § 263 N. 50 und dort Citierte; R. G. v. 21. XII. 1881. E. Bd. 5 S. 277; a. A. *Oppenhoff*, § 263 N. 32 a.

[19]) *Olshausen*, § 263 N. 50; *Oppenhoff*, § 263 N. 12; R. Bd. 3 S. 202, Bd. 6 S. 463; E. Bd. 27 S. 217, Bd. 17 S. 264.

[20]) *Olshausen*, § 263 N. 16, 25, 38 ff.; *v. Liszt*, § 199 N. 4; *Meyer*, § 95 N. 6; *Oppenhoff*, § 263 N. 32 ff., 61, 65; *Frank*, § 263 IV.

Gerichtsvollzieher derselben allein nicht glauben, also z. B. nicht annehmen dürfen, daß die vom Dritten bezeichneten Sachen Eigentum des Schuldners seien. Wäre es trotzdem geschehen, so würde dem Gerichtsvollzieher eine Pflichtwidrigkeit dahin zur Last gefallen sein, daß er eine Prüfung der Behauptung des Schuldners oder Dritten unterlassen hätte. Diese Pflichtwidrigkeit, nicht die Wahrheitsverletzung würde den Irrtum des Gerichtsvollziehers, den Schaden des Gläubigers verursacht haben.[21]) Der Gerichtsvollzieher hat sich in solchem Falle auf Grund der ganzen Sachlage, insbesondere etwaiger vom Schuldner oder Dritten beigebrachter Beweismittel von der Wahrheit der Behauptungen zu überzeugen und glaubt dann also — wie auch der Richter — den besonderen Umständen, Beweismitteln usw. Das ist ihm natürlich erlaubt. Sind nun solche Umstände, welche auf die Prüfung des Gerichtsvollziehers von Einfluß sein durften und waren, wissentlich falsch angegeben,[22]) so kann man von einer „Täuschung" des Gerichtsvollziehers, einem „Betruge" sprechen.

Steht dagegen der Dritte dem Schuldner fremd, jedenfalls ohne Interesse an der betreffenden Pfändung gegenüber, so wird auch schon seiner nackten Auskunft — ähnlich einer Zeugenaussage — der Gerichtsvollzieher Glauben schenken dürfen; und stellt sich später die Auskunft als falsch heraus, so liegt eine für den Tatbestand des „Betruges" ausreichende Täuschung vor.

---

[21]) Derselben Ansicht sind *Olshausen*, § 263 N. 40 a, 41 a; *Oppenhoff*, § 263 N. 61; *v. Liszt*, S. 473, „Fälschung der Beweisgrundlage". Das Reichsgericht hat in vielen Entscheidungen die im Text vertretene Ansicht überzeugend begründet; vgl. E. 1 S. 227, Bd. 5 S. 321, Bd. 20 S. 391, Bd. 36 S. 114, bes. 118 ff.; R. Bd. 1 S. 479, Bd. 9 S. 441; für den Vollstreckungsbeamten siehe R. Bd. 1 S. 499.

And. Ansicht *Frank*, § 263 VI 3 (Er will stets dann, wenn nur tatsächlich der Getäuschte über das Vermögen des Geschädigten verfügen kann, Betrug möglich sein lassen.); noch weiter geht *Meyer*, S. 583, der schon die bloße falsche Behauptung als Betrug auffaßt. *Kohler*, Studien I S. 50, sieht in der Täuschung eines Richters nie Betrug.

[22]) Z. B. Beibringung einer falschen Quittung oder eines falschen Posteinlieferungsscheines u. a.

Die Täuschung des Gerichtsvollziehers muß aber nicht nur eine Bedingung, sondern *„conditio sine qua non“* des eingetretenen Schadens sein. Der Erfolg dürfte dann nicht eingetreten sein, wenn die Täuschungshandlung weggedacht würde. Es ist nun möglich, daß der Gerichtsvollzieher, wenn er von dem Dritten die Auskunft nicht erhalten hätte, trotzdem die schädigende Handlung vorgenommen hätte (daß er also z. B. trotz Schweigens des Dritten die Sachen gepfändet hätte, die dem Schuldner nicht gehörten).[23])

Aber diese Möglichkeit kann, selbst wenn sie zur Gewißheit würde, die Kausalität der Täuschung für den Schaden nicht in Frage stellen. Denn nicht darauf kommt es an, ob der Erfolg überhaupt, sondern darauf, ob er gerade so eingetreten wäre, wie er eingetreten ist. Die Feststellung des Bedingungsverhältnisses ist keine rein verstandesmäßige „logische Operation“[24]) an dem realen Geschehen. Es ist nicht nur zu fragen, ob vielleicht ein anderer möglicher Kausalverlauf zu demselben Erfolge geführt haben würde, sondern ob das verantwortlich machende Handeln trotz Vorhandenseins der anderen Kausalkette denselben Verlauf genommen hat.[25])

Zeigt sich bei dieser Untersuchung, daß das Verhalten des Dritten für die juristische Wertung dasselbe bleibt, also eine „selbständig entscheidende Bedingung“ des Erfolges ist,[26]) so ist die Tat stets als *„conditio sine qua non“* anzusehen.

Wendet man diese Fragestellung z. B. auf den oben angenommenen Fall an, daß der Gerichtsvollzieher infolge

---

[23]) Diese Möglichkeit besteht z. B. dann in hohem Maße, wenn der Dritte eine „Kostbarkeit“ als dem Schuldner gehörig dem Gerichtsvollzieher bezeichnet hat; wäre nämlich in solchem Falle dieser betrügerische Hinweis unterblieben, so hätte der preuß. Gerichtsvollzieher nach § 57 N. 3 der preuß. Gesch.-Anw. jedenfalls zunächst die Kostbarkeit gepfändet, der Gläubiger also evtl. doch den Schaden erlitten.

[24]) *Rümelin* im civ. Arch. Bd. 90 S. 283.

[25]) Vgl. *Rümelin*, a. a. O. S. 284; *Träger* a. a. O. S. 45—48.

[26]) Vgl. *Träger* a. a. O. S. 46, er definiert folgendermaßen: *„conditio sine qua non“* ist stets jeder Umstand, der nicht weggedacht werden kann, ohne daß der dann vorhandene Zustand überhaupt nicht mehr in die durch den gesetzlichen Tatbestand gebildete Wirkungskategorie fällt.

falscher Auskunft dem Schuldner nicht gehörige Sachen gepfändet hat, aber auch ohne erhaltene falsche Auskunft diese Sachen gepfändet haben würde, so ergibt sich folgendes: Mit dem begangenen Betruge steht die andere Kausalkette in keinerlei Zusammenhang; denkt man sich die zweite Kausalkette fortgenommen, so füllt das Verhalten des Dritten trotzdem den Tatbestand des Betruges vollkommen aus.

§ 13.

### 5. Ergebnisse.

Für die Mobiliarzwangsversteigerung gilt:

1. Eine allgemeine Auskunftspflicht besteht für den „Dritten“ nicht.
2. Bloße Auskunftsverweigerung macht den „Dritten“ nicht schlechtweg civilrechtlich verantwortlich, sondern nur dann, wenn die Auskunftsverweigerung als rechtlich relevante und kausale Unterlassung sich darstellt. Der „Dritte“ haftet dann, wenn die Auskunftsverweigerung den Tatbestand des Betruges involviert, nach §§ 823 Abs. 2 B. G. B., 263 St. G. B. oder, wenn die Auskunftsverweigerung „gegen die guten Sitten“ verstößt, nach § 826 B. G. B.
3. Erteilung falscher Auskunft macht den „Dritten“ nach § 826 B. G. B. stets und nach § 823, Abs. 2, B. G. B. dann haftbar, wenn der Tatbestand des § 263 St. G. B. erfüllt ist.
4. Sowohl durch Auskunftsverweigerung als auch durch Erteilung falscher Auskunft kann der „Dritte“ sich nach § 263 St. G. B. strafbar machen.